

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMÉRO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO I
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMXLVII

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos^(*)

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

SUMARIO: 1) Tesis.—2) El artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942.—3) La doctrina legal establecida: a) Sentencia de 28 de mayo de 1945; b) Sentencia de 19 de mayo de 1947; c) Sentencia de 10 de noviembre de 1947; ch) Sentencia de 18 de diciembre de 1947; d) Sentencia de 10 de febrero de 1948.—4) Naturaleza de la nulidad decretada.—5) La legislación de arrendamientos como *ius publicum*.—6) La nulidad total es un remedio heroico.—7) Conversión, reconstrucción, etcétera.—8) El problema del arrendador usufructuario.—9) La contratación de arriendos rústicos en la vida jurídica española.—10) Los deberes de la toga.

1) Tesis.

El presente trabajo se propone demostrar que la doctrina legal sentada por la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, respecto al artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942, conduce a gravísimas consecuencias, y va a poner en cuestión las garantías que la legislación de Arrendamientos rústicos ha querido ofrecer a los cultivadores de tierras ajenas, pudiendo incluso brindar amplio margen a habilidades o ardides que frustren la permanencia de los colonos en las fincas respectivas.

En efecto, dicha doctrina legal consiste en estimar que la renta, a partir de la vigencia de la expresada ley, ha de pactarse en trigo; en cuanto se pacta en dinero se incurre en vicio de nulidad insubsanable, por irse contra *ius cogens*, superior a la voluntad de los contratantes; que esa nulidad se comunica a todo el contrato, y que, invocada por una de las partes, obliga a declarar sin validez el arrendamiento, con todas sus consecuencias legales.

(*) Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid el día 29 de abril de 1948.

A fin de exponer la materia lo más cumplidamente posible, estudiaremos el artículo 3.º de la mentada ley; expondremos cómo se ha ido formando la doctrina legal sobre ese texto; analizaremos el encuadramiento jurídico de la nulidad acordada, poniendo de relieve la tendencia actual a no aplicar la nulidad sino en casos extremos, así como la posibilidad de otras soluciones en Derecho, y después de aludir al problema del usufructuario arrendador, que juega en uno de los casos contemplados, haremos unas reflexiones finales sobre la realidad práctica española y acerca de nuestra vida forense.

2) El artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942.

Regula diversos supuestos, siempre con un criterio uniforme.

Para los contratos futuros, la renta se fijará *necesariamente* en una determinada cantidad de trigo, libremente convenida; pero su pago se efectuará en dinero de curso legal, con arreglo a la tasa oficial de aquel producto (párrafo primero).

Los contratos existentes, con precio en dinero, y que hayan de subsistir después del año agrícola en curso, se ajustarán a lo preceptuado en el párrafo anterior, para lo cual se reducirá el numerario a quintales métricos de trigo, dividiendo las pesetas por una cifra (50, 67, 84), según la fecha en que la renta se hubiere estipulado (párrafo segundo).

Si las partes no se ponen de acuerdo respecto a la aplicación de este artículo, podrán acudir al Juzgado competente, siguiéndose el procedimiento marcado en la norma tercera de la Disposición transitoria tercera de la ley de 1940 (párrafo tercero).

Estas reglas se aplicarán desde el próximo año agrícola 1942-43, inclusive (párrafo cuarto).

* * *

El precepto aspiraba a remediar una situación de evidente injusticia, ya que se había producido honda disociación entre el valor de los productos del campo y el poder adquisitivo del dinero, por lo cual los propietarios que cobraban la renta en metálico sufrían quebranto indudable. Se quiso, pues, corregir radicalmente para el porvenir esta anomalía, y compensar en cuanto al pasado mediante una acomodación a la nueva técnica, en que se tuviera presente la mayor o menor antigüedad del contrato en vigor. De esta suerte se establecía para el futuro una prudente correlación entre el cereal-tipo y el dinero, ya que las oscilaciones de aquél repercutían en la cuantía de la renta al abonarla en efectivo. Y de otra parte, y para no perpetuar el desequilibrio existente, se operaba automáticamente una revisión de rentas con respecto a los arriendos anteriores cuya merced estuviera pactada en metálico.

La innovación fué bien acogida por la doctrina, toda vez que respetaba el principio de la libertad contractual, huyendo de antiguas recetas, como la fijación oficial de rentas, y, sin embargo, equilibraba las posiciones de arrendador y arrendatario ante el fenómeno de la desva-

lorización de la moneda o del encarecimiento de los productos de la tierra. Ciertamente que la ley dejaba lagunas, como el caso de rentas que vinieran pactadas en especies distintas del trigo. Ciertamente que éste resultaba poco adecuado para servir de módulo en algunos arrendamientos, como los de plataneras, v. gr., en Canarias. Pero en conjunto la medida era justiciera y el mecanismo no resultaba demasiado complejo, pues todo se reducía a que las partes calcularan la renta justa en dinero y la tradujeran luego en unidades de trigo, para estabilizarla así frente a vaivenes del mercado.

Por su parte, la jurisprudencia se ha cuidado de precisar el espíritu a que obedecía, en general, el artículo comentado. Así, por ejemplo, la sentencia de 4 de diciembre de 1945 puntualizó con exacto y justo criterio que tal precepto quiso conjugar el principio de libertad respecto a la estipulación de renta con la idea de lograr la mayor y posible equidad y justicia en la participación de los productos del agro; agregando que el referido precepto, por su carácter imperativo, no consiente interpretación extensiva, sino restrictiva, habiendo de estarse al cumplimiento inexcusable de sus mandatos en todos los supuestos que comprende la regulación impuesta.

Y lo vino a corroborar la sentencia de 5 de marzo de 1946, al decir que la ley de 1942 quiso "eliminar la manifiesta injusticia que representaba el mantener estatificadas las rentas en numerario, cuando el dinero había perdido gran parte de su valor adquisitivo al par que los productos de la tierra alcanzaban notoria elevación, lo cual fué corregido por ese medio".

Esa fué la génesis inspiradora del precepto, y ésa es su órbita peculiar e irrebalsable; los medios que el texto legal adopta son factores instrumentales al servicio de esa finalidad; pero si el precepto quiere cumplirse a ultranza, evitando e fugios, habrá que buscar mecanismo idóneo para que el propósito del legislador prevalezca siempre.

Ahora bien, el problema ha surgido al interpretar el párrafo primero, y sobre todo al justipreciar en Derecho el adverbio de modo "*necesariamente*" que allí se emplea. ¿Qué carácter tiene ese precepto? ¿Qué alcance habrá de atribuirse a la infracción que se cometa?

No tratan de la cuestión algunas obras, por ejemplo, la de J. GONZALO SOTO, *La nueva Ley de Arrendamientos rústicos* (Aldecoa, Burgos y Madrid, 1942), porque su índole de "exposición práctica" impide al competente autor estudiar la materia. Tampoco se ocupan de ella los señores MARTÍN ARTAJO y FERNÁNDEZ SALCEDO, por ser asimismo de divulgación su meritorio trabajo sobre *Arrendamientos rústicos* (Madrid, 1942).

El señor RODRÍGUEZ JURADO (1) entiende que el precepto tiene carácter imperativo, en tales términos, que si la renta no se fija en la forma señalada, esa cláusula del contrato puede ser nula. Y después de recordar el artículo 1.º de la ley de 1935, consigna que la aludida nu-

(1) *Comentarios a la legislación de arrendamientos de fincas rústicas*, Madrid, 1942, pág. 78.

lidad puede ser tanto más grave cuanto que afecta a la cláusula más fundamental del arrendamiento, hasta el extremo de que en algún caso puede motivar, incluso, la invalidez del contrato. Y por ello aconseja a sus lectores que se atengan a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo para evitar lamentables situaciones.

El señor BELLÓN, cuya autoridad no es necesario ponderar, escribe (2) que el fijar la renta en trigo parece inexcusable, y a renglón seguido se pregunta qué sucederá si el mandato legal se incumple. “¿Qué concepto merecerá el contrato de este género donde, contra lo dispuesto, se fije la renta en otro fruto o en dinero?” Y contesta en estos términos literales: “Sin tiempo para meditar lo conveniente en este punto, aventuro la opinión de que la cláusula contraria a la ley no podrá prevalecer sin acarrear la inexistencia del arrendamiento, que podría entenderse nulo en esa estipulación y confirmable sustituyéndola por la legal fijación rentista.”

Frente a estas dos opiniones, y para no multiplicar las citas, transcribiremos la que en sentido opuesto, y con razonamiento muy aquilataado, formula el señor GARCÍA ROYO (3), que después de afirmar la autonomía de las partes para convenir la renta, dice lo siguiente:

“Aquella omnimoda libertad sólo tiene una traba meramente formal; la renta se ha de fijar “necesariamente” en determinada cantidad de trigo. Por tanto, los contratantes procurarán cumplir este ritual precepto para evitarse enojosos incidentes motivados por la infracción de las prescripciones contenidas en el apartado primero. Pero disentimos totalmente de algunos autores en la apreciación de las consecuencias que pueda acarrear la inobservancia de esta “forma”. A nuestro juicio, ni produce la nulidad del contrato—tesis de unos—, ni la de tal cláusula con posibilidad de invalidar el contrato—así lo sostienen los otros con menos fundamento que los anteriores, pues que al ser nula la cláusula donde se fije la renta, indefectiblemente es nulo el contrato por inexistencia de un requisito esencial como lo es la renta—. Sostenemos que la omisión de tal formalidad no acarrea nulidad ni invalidez de cláusula o contrato, y que simplemente faculta a cualquiera de las partes para pedir, hasta judicialmente, su conversión en otra estipulación que se amolde a la prescripción legal, fundándonos en el siguiente razonamiento: Sabido es que nadie puede beneficiarse de los defectos o nulidades que ocasione, y de aceptar la tesis impugnada, se daría el *contrasentido* de que el arrendador se aprovechara de la imputada nulidad para poder recabar libremente la finca cuando estimase conveniente, relegando al arrendatario a la categoría de simple precarista, por inexistencia del título en la posesión arrendaticia, con lo que obtendría los frutos de su antijurídica actuación. Necesario es pensar, para resolver la cuestión, en que existe señalamiento de renta, aunque la “forma” utilizada al efecto no sea legal, y en su virtud, concurriendo los

(2) *Arrendamientos rústicos. Su actual regulación, comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1942, pág. 16.

(3) *Tratado de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1945, pág. 94.

demás requisitos subjetivos y objetivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de esta ley y de los 1.261 y 1.278 del Código, ha de reconocerse eficacia vinculante al contrato, reservándose la nulidad al supuesto de inexistencia total de renta. También ha de considerarse que nunca la omisión de una "formalidad" motiva la nulidad de negocios jurídicos bilaterales en nuestro sistema común de contratación. La solución ha de obtenerse barajando los principios del Código civil, aplicable según la segunda disposición final de la ley de 1935, centrando la cuestión en la afirmación de que el artículo comentado exige una "forma" especial. Así entra en juego el artículo 1.279, para llegar a la conclusión de que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella "forma" desde que intervienen los demás requisitos necesarios para la validez del contrato, solicitando al efecto la intervención judicial si las gestiones particulares no dieran resultado satisfactorio, intervención que se regulará por los trámites de la norma tercera de la tercera disposición transitoria de la ley de 1940. Con esta conclusión quedan incólumes las prescripciones del artículo 2.º de esta ley y del 1.278 del Código y se evitan las posibles injusticias a que antes nos referimos, no siendo obstáculo el argumento de que el artículo 1.º de la ley de 1935 impide a los contratantes modificar con sus pactos los preceptos imperativos de la legislación especial, ya que este mandato se refiere a la prohibición de "renunciar" a sus beneficios o de "contratar en oposición" a sus prescripciones."

3) La doctrina legal establecida.

Se inicia en el año 1945, y a través de diversos fallos dictados en 1947, se va concretando y perfilando, hasta darse por consagrada y definitiva en sentencia reciente de 10 de febrero del corriente año. Con propósito sincero de buscar en cada caso una solución justiciera, pero por la enorme repercusión que los fallos del Tribunal Supremo tienen, en cuanto crean Derecho para el futuro, ha prevalecido un principio de enorme trascendencia en la vida jurídica del campo español.

Será, pues, conveniente ir mencionando las soluciones recaídas, fijando atención en sus aspectos más descollantes, y consagrando mayor espacio, por su misma naturaleza y relieve, a los fallos que inician y terminan la apuntada trayectoria.

a) *Sentencia de 28 de mayo de 1945.*—Tratábase de un caso de cierta aparente complejidad, pero que resumido en sus conceptos esenciales, cabe sintetizar así: el propietario de una finca con varios aprovechamientos arrienda el de pastos por un año (septiembre 1942 a septiembre 1943), a razón de 34 pesetas por fanega; al vencer el año, el dueño celebra contrato análogo con otro arrendatario, que entra en la finca con su ganado; reclama el arrendatario primitivo, que demanda al arrendador y al arrendatario entrante, y solicita que se deje sin efecto el nuevo contrato por estar el suyo en vigor hasta 1945; además, reclama indemnización de daños y perjuicios. La parte demandada, en su doble cualidad, se opone y reconviene, pues no sólo considera

extinguido el primer contrato y válido el segundo, sino que alega subarriendo por el antiguo ocupante, e incluso al reconvenir sostiene que el pacto celebrado con éste era nulo o rescindible por haberse fijado la renta en dinero, alegación que se formula en términos algo subalternos, después de otras excepciones a que se atribuye mayor eficacia.

Previa una nutrida prueba, porque no falta siquiera la pericial, el Juzgado falla desestimando las excepciones propuestas y absolviendo totalmente de la demanda. La Audiencia revoca, en parte, la sentencia del inferior y declara que el contrato primitivo tenía tres años de duración, por lo cual considera nulo por inexistencia el celebrado en 1943, y condena al nuevo arrendatario a desalojar la finca; asimismo entiende que no ha lugar a los perjuicios reclamados, ni tampoco a la nulidad o a la rescisión del primer contrato, por lo que absuelve de la reconvencción en tal sentido formulada.

Se entabla recurso de revisión por el propietario y por el segundo arrendatario, aduciendo en compendio estos motivos: nulidad del primer arriendo por haber fijado la renta en dinero; error de hecho al estimar que la principal explotación de la finca era ganadera y no agrícola; injusticia notoria al desconocer que el primer arriendo era de aprovechamientos secundarios, no sujetos a plazo mínimo; y al negar validez al segundo contrato, legalmente estipulado; y al no reconocer que el primitivo arrendatario había subarrendado; finalmente, infracción de determinadas normas, dictadas en 1938, 1939 y 1941, sobre aprovechamientos pecuarios y actuación de las Juntas de fomento de este nombre.

* * *

El Tribunal Supremo sienta en el considerando primero del fallo dictado el carácter especial de la legislación de Arrendamientos rústicos, claramente enunciado en el artículo 1.º de las leyes de 1935 y de 1942, y con arreglo al cual la nueva ordenación rebasa la esfera del derecho dispositivo de las partes e impone imperativamente la voluntad estatal, superior a la de los individuos. Se afirma, pues, la "característica social de este tipo jurídico, que no consiente verse alterada por convención particular, porque esto lo haría estéril".

El considerando segundo centra ya la cuestión. Mediante un análisis gramatical del artículo 3.º de la citada ley de 1942, y atendiendo al futuro que emplea ("se fijará") y al adverbio de modo que añade ("necesariamente"), se llega al convencimiento de que es "norma cohibitoria para el individuo, de absoluto imperativo, y si saltarla implicaría su defectuosa comprensión no autorizada, contrariarla pactando la renta en dinero incide en vulneración expresa de cuanto establece, o sea del precepto de que se trata".

La consecuencia jurídica se extrae en el considerando tercero: la "contravención de norma prevalente o inmodificable por voluntad personal" ha de originar la nulidad del acto, no sólo por herir directamente lo que la ley manda (lo que determina la sanción del artículo 4.º del Código civil), sino también porque varía lo estatuido en el régimen

arrendaticio, yendo contra los artículos primero^s antes citados y contra el criterio inspirador de la medida, que fué “traer la estabilidad y pro-porción, libre de las alteraciones dinerarias”.

Refutando el criterio consignado por la Territorial, establece el con-siderando cuarto que no cabe limitar las consecuencias de la infracción cometida, porque no siendo mera cuestión de forma, sino la sustancia vital de normas obligatorias, no es posible reducir el problema a la facultad de compelerse las partes a la fijación en trigo; sin que valga tampoco la tesis de que se favorecería así la continuidad arrendaticia, pues sobre ésta ha de imperar que se cumplan las condiciones de fondo del contrato, sin las cuales no puede darse aquella continuación.

Pasando al terreno del Derecho civil, el considerando quinto refuerza la argumentación de la nulidad contractual. Como el trigo tiene fluc-tuaciones distintas a las del dinero, el precio pactado en numerario no resultaría *cierto*, y faltaría por ello el requisito de la renta cierta ordenado en el artículo 1.543 de aquel Cuerpo legal. Y por lo demás, el contrato no es tampoco confirmable, porque lo veda el artículo 1.310 del mismo Código, aunque “si se estimara factible, no ha surgido, ni cabe suponerla consentida en forma alguna por la parte que aduce la nulidad”.

El considerando sexto resume, por tanto, en el sentido de que no se puede pretender la subsistencia del contrato viciado en su origen por estipulación contra ley “y sin que previamente se haya ni aun inten-tado convalidarlo por sustitución de lo viciado”; de donde se infiere “falta de titularidad accionante”, de la cual se carece lo mismo en el supuesto de una nulidad radical que en el de un defecto subsanable y no subsanado.

Por todo ello, el considerando séptimo aprecia injusticia notoria en el fallo recurrido, ya que admitió la validez de un contrato estipulado con renta en dinero y concertado en 15 de septiembre de 1942, “sin que se haya tratado de sustituir tal pacto, opuesto a la ordenación es-tatal de la materia”. Y en su virtud, aceptando la alegación de nulidad “excepcionada por reconvención”, revoca el fallo y no da lugar a la demanda entablada.

Son de notar en este fallo algunas prudentes cautelas, aunque hipo-téticas, respecto a la posibilidad de convalidación o subsanación. Sin embargo, pronto se prescinde de ello para dar paso franco a la tesis de la nulidad absoluta e insanable.

* * *

b) *Sentencia de 19 de mayo de 1947*.—Dos extremos de interés contiene este fallo. El primero de ellos es la ratificación del criterio establecido en la sentencia antes mencionada, pues se insiste en que el requisito de la fijación de renta en trigo es de inexorable observancia, y los contratos en que no se respete incurrir en la sanción que el artículo 4.º del Código civil determina para los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley. El segundo extremo de interés consiste en pun-

tualizar que las posibles divergencias entre las partes con motivo del señalamiento de la renta en trigo no se refieren nunca a la obligatoriedad de esa fijación para contratos posteriores a la ley.

Es de notar que el recurso, muy seriamente razonado, sostenía el criterio de que en el caso discutido había renta cierta, aunque se hubiese pactado en dinero, y añadía que la anulación de contrato por esos motivos otorgaría una patente de corso a los arrendadores.

* * *

c) *Sentencia de 10 de noviembre de 1947.*—Desarrolla la doctrina con evidente precisión, remitiéndose a los dos fallos anteriores. La fijación de la renta en dinero después de la ley de 1942 determina vicio de nulidad sustancial y no formal, no subsanable, por tanto, pues va contra precepto de orden público, superior a la voluntad de las partes, y no cabe limitarse a la facultad de compelerse éstas a la fijación en trigo, pues se favorecería así la realización de lo que la ley prohíbe, burlando la finalidad perseguida por el precepto. Pero algo de gran interés añade este fallo, pues su considerando cuarto matiza el caso configurándolo como contrato con causa torpe, por ser ilícita; y estimando culpables a ambas partes, aplica la regla primera del artículo 1.306 del Código civil. Ahora bien, la Territorial había distinguido dos períodos en la relación *inter partes*: el primero, hasta la fecha del emplazamiento, y el segundo, desde esta fecha hasta el desalajo de la finca. Con respecto al primero, el arrendatario hacía suyos los frutos y el arrendador la renta. Con respecto al segundo período se reconoce asimismo el derecho del dueño a cobrar merced, pero no pudiendo condenarse al pago de la pactada por ser nula de derecho habrá de concretarse su cuantía en trámite de ejecución de sentencia. Y el Tribunal Supremo acepta esta tesis, porque con ella en ningún caso se habría cometido infracción por notoria injusticia, como sería necesario para que prosperase el recurso del propietario.

* * *

ch) *Sentencia de 18 de diciembre de 1947.*—Habíase discutido si existía contrato de trabajo o de arrendamiento, y la Territorial entendió esto último. El Tribunal Supremo empieza por aceptar esta tesis, rechazando el supuesto error de hecho alegado por la parte recurrente, ya que los elementos documentales invocados “no llevan fuerza conviccional bastante”, por lo que “claudican las aducciones revisorias señaladas”. Y aunque se repelen asimismo varios motivos de revisión, por implicar cuestiones nuevas, se estudia el motivo cuarto, porque “su trascendencia de radical nulidad obliga a tratar el punto *ex officio*, o sin la voluntad oportunamente manifestada de la parte”. Y ya sobre esta base, y como el contrato discutido era, no laboral, sino de arrendamiento, y la renta se fijó en numerario y con posterioridad a la ley de 1942, hay que proclamar su invalidez, porque no es cuestión de

forma ni de plazo, sino que se trata del requisito fundamental de la renta (considerando tercero). Finalmente, se hace aplicación del artículo 1.303 del Código civil, mediante el razonamiento algo oscuro que encierra el considerando cuarto, cuyo texto literal es el siguiente:

“IV. CONSIDERANDO: Que cierto, según lo declarado por la Sala de Instancia, el concierto de un arrendamiento rústico entre estos interesados, y evidente también que por virtud de ese título, antagónico del instrumento aparente de trabajo, ocupó la finca durante mil novecientos cuarenta y cinco el demandante, tiene que atenerse a tal situación o estado consumado, “aunque no resulte luego eficiente el arriendo por su plena nulidad”, inferida de circunstancia común a ambas partes, y no obstante su origen desaprobable, pues de dejar las cosas como quedaron al cesar en la tenencia del objeto dicho titular, quedaría beneficiada la contraparte, y de hecho, prevalente la apariencia rechazada, donde tan activamente se produjo. En su virtud, y si por razón de repetida nulidad arrendaticia no ha de reintegrarse la posesión del fundo, tampoco puede en justicia hacer suyo el producto, cuando fué explotado por acción de su disfrute; y viene así la pertinencia de lo pretendido en segundo y tercer lugar de la demanda, por aplicación de las medidas a que alude el artículo mil trescientos tres del Código civil y como modo de la restitución de este enunciado.”

* * *

d) *Sentencia de 10 de febrero de 1948.*—Constituye, que sepamos, la última consagración de la teoría. Se trataba de un contrato de arrendamiento pactado por seis años, con precio fijado en 240 quintales métricos de trigo y con la intervención de un fiador. El arrendador contrataba como “dueño”, según reiteradamente constaba en el documento. Sin embargo, dos años antes había vendido la nuda propiedad, sin que nada se dijese a los colonos. Falleció el usufructuario cuando el arriendo llevaba escasamente un año de vida. Y de acuerdo la nuda propietaria, ya dueña plena, con los arrendatarios, se suscribió en el propio documento una cláusula que rezaba así: “Este contrato sigue en todo su vigor en las mismas condiciones..., exceptuando el precio, que será en lo sucesivo de 40.000 pesetas anuales” (hay algunas otras estipulaciones sobre acortamiento del plazo y renuncia de fuero, que no interesan a nuestro propósito, aunque revelan quién era el beneficiario y quién el perjudicado con la modificación). Resta añadir que la nueva propietaria cobró, no sólo la renta correspondiente al primer año según la evaluación del trigo, sino las 40.000 pesetas del año segundo, que casi doblaban la merced arrendaticia inicial. Sin embargo, a los tres meses dedujo demanda pidiendo la nulidad del contrato, previa liquidación de derechos reales, en que el Registrador de la Propiedad tuvo en cuenta el pacto primitivo, exigiendo con respecto a la fianza las cuotas correspondientes con multas e intereses de demora.

Para completar el cuadro de antecedentes haremos constar que en el caso de conciliación celebrado manifestó la parte demandada estar

dispuesta a legalizar el contrato con arreglo a la vigente ley de Arrendamientos.

El Juzgado de Primera Instancia declaró nula la estipulación que fijaba en dinero la renta, pero sin que ello pudiera trascender a las relaciones contractuales perfectas y válidas que ligaron a las partes contratantes con anterioridad al acto nulo. Fundóse para esta conclusión en que no había hablar de novación del contrato originario, porque las partes revelaban claramente su voluntad de que siguiera, y porque además, siendo nula la obligación nueva, no podía extinguir la antigua incompatible. Y si se estimara que la adición convenida era simple modificación, su misma nulidad impedía tomarla en cuenta para sustituir al acuerdo inicial. Con ello (dicho sea como complemento) se rechazaba la petición noble de la parte demandada de que se mantuviese la nueva cantidad de renta, aunque haciendo la conversión en quintales métricos de trigo.

Apelada la sentencia por la propietaria demandante, la Audiencia revocó totalmente el fallo del Juzgado, declarando en su lugar que se había extinguido el contrato de arrendamiento primitivo al morir el usufructuario, y era nulo el celebrado después; agregando que esa nulidad se declaraba “con todas sus consecuencias legales, por lo que los arrendatarios dejarán la finca a disposición de la dueña”, una vez que la sentencia quede firme.

Formalizado recurso de revisión por injusticia notoria, se aducía que el arrendamiento pactado por un usufructuario no se extinguía de pleno derecho por la extinción del usufructo, sino que podía *resolverse*, y en nuestro caso, lejos de ocurrir esto, se había mantenido en vigor, y que en cuanto a la alteración de renta introducida determinaría, a lo sumo, la ineficacia del pacto, pero no arrastraría la de la relación arrendaticia, válidamente estipulada antaño y mantenida en vigencia por voluntad concorde de los arrendatarios y de la nudo-propietaria, ya convertida en dueña del inmueble.

La brevedad del fallo recaído permite transcribir íntegramente sus dos considerandos esenciales, que rezan así:

I CONSIDERANDO: Que luego de las dos sentencias posteriores a la de veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, que recalcan la tesis por ésta iniciada de la inhabilidad plena de la cláusula contractual arrendaticia posterior a la ley de mil novecientos cuarenta y dos que estipulare la renta dineraria, contrariando la necesidad impuesta por esa ley de que fuere en trigo, ya ha de pasar por doctrina legal efectiva y, consecuentemente, de guardar la expresada condición. 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.

II CONSIDERANDO: Que aun de aceptar el criterio recurrente sobre la continuidad del primer contrato, pese a la defunción del arrendador usufructuario y porque no se opere *ipso-facto* por ésta su resolución, no se obtendría efecto de persistencia real o eficiente del mismo al en-

contrarlo cual queda después de la modificación en la especie y cuantía de la renta y de la nulidad de ésta, falta 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 insuplible, 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.”

La argumentación del fallo se jalona en estas afirmaciones: 1.^a La reiteración del criterio establecido en la sentencia de 28 de mayo de 1945 convierte en doctrina legal la tesis de que es inhábil plenamente la cláusula arrendaticia que estipula renta dineraria, porque contraría la necesidad que impuso la ley de 1942. 2.^a Por ello es inválido el pacto que fija en numerario la merced del arrendamiento. 3.^a Aun admitiendo en hipótesis que el arrendamiento concertado por un usufructuario no se extinga *ipso facto* por la muerte de éste, tampoco valdría el discutido en el pleito, pues se modificó el contrato en la especie y cuantía de la renta, y la voluntad de ambas partes mató la modalidad antigua, que no puede renacer (dada la invalidez que ahora se declara) y dado el criterio en contra de la nueva personalidad arrendadora, sin que valgan los datos antiguos, por arrumbados, ni los nuevos, por su nulidad.

Esta parece ser, extraída con la mayor objetividad, la sustancia del fallo recaído. Con igual objetividad hemos de notar, ante todo, que alguna expresión técnica no es acaso feliz, porque la noción de “inhabilidad plena” aumenta, sin necesidad, ni precisión, ni provecho, el catálogo ya copioso de las figuras jurídicas que niegan validez al negocio. Tampoco es afortunada la locución que se emplea para calificar la obligatoriedad de fijar la renta en trigo, pues se la llama “condición”, con todo el riesgo de mezclar instituciones jurídicas de contornos ya bien definidos. Finalmente, otras expresiones no calzan probablemente el turno que es tradicional en nuestras resoluciones judiciales; todo ello aparte de que motejar de “artificio recurrente” la argumentación expuesta, con mejor o peor fortuna, pero siempre con honrada convicción, por el autor del recurso, salpica aun sin quererlo la buena fe con que se procedió al formalizarlo.

En cuanto al fondo de la doctrina, una conformidad y varios reparos. Conformidad, porque es patente, y en ello consiste la gravedad del mal, que ya queda consagrada como doctrina legal la tesis que creemos equivocada. Reparos, porque ni el artículo 3.^o de la ley de 1942 conduce indeclinablemente al criterio de nulidad radical e insubsanable, ni el propio precepto deja de ofrecer solución más razonable y justiciera, ni se han ponderado las consecuencias pavorosas que pueden deducirse de la doctrina, cuya aplicación minará los cimientos de los postulados fundamentales en que se inspira toda la moderna legislación de Arrendamientos rústicos.

4) Naturaleza de la nulidad decretada.

Si admitimos, aunque sólo sea *commoditatis causa*, y para no terciar en la consabida polémica acerca de la materia, que pueden distinguirse las figuras jurídicas de la *inexistencia*, de la *nulidad absoluta* y de la mera *anulabilidad por nulidad relativa*, advertiremos en seguida que el caso no puede encuadrarse dentro de la primera categoría, porque en el contrato de arrendamiento rústico concertado después de 1942, con fijación de renta en dinero, se dan, desde luego, todos los requisitos esenciales que el artículo 1.261 del Código civil exige para el negocio jurídico contractual. Hay consentimiento, hay objeto, hay causa. No falta ningún elemento fundamental: no estamos en la hipótesis de la inexistencia.

A su vez, tampoco parece que se den los supuestos típicos de la *nulidad relativa*, porque ni el consentimiento ni los demás elementos están viciados, con defecto que invalide el negocio estipulado. Antes bien, la doctrina legal se ha negado a aceptar la posibilidad de confirmación, que es nota característica en esas situaciones anómalas, e incluso ha insinuado que cabe actuar *ex officio*, cosa también incompatible con el concepto de la anulabilidad, o facultad de impugnación atribuida al perjudicado.

Así, pues, y no tratándose tampoco de un caso de ineficacia por motivos de rescisión o resolución, hemos de catalogarlo en la figura de la *nulidad absoluta*, que es quizás la más imprecisa de contornos y debe ser la más severa en la apreciación. Y en efecto, alguna de las sentencias analizadas lo dice claramente: se está en presencia de una infracción de norma superior, imperativa, prohibitiva, lo cual lleva consigo la sanción prevista en el artículo 4.º del Código civil, siquiera tampoco falte alguna indicación de que la cláusula pecaminosa implique algo así como causa torpe o ilícita, pero entendida en un sentido que conduciría al mismo resultado de la nulidad *ipso iure*. Es decir, que nos hallaríamos ante un negocio de los que STOLFI, por ejemplo, encuadra bajo las rúbricas de "ilegales" o "inmorales" (4). Pero ello exige que realmente se vaya contra norma prohibitiva, contra norma que en aras de intereses colectivos decreta la invalidez del pacto, o bien que se vulneren supremos principios generales del Derecho, o que se atente *contra bonos mores*.

Y a poco que se reflexione, se comprobará que la cláusula de renta en dinero no constituye vulneración de postulados eternos de justicia, ni pretende infringir criterios morales; antes bien, ese pacto venía siendo "forma de contratación, sin duda la más general y usada", según nos dice la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de marzo de 1946.

Pero es que, además, el ámbito propio de esas nulidades está fuera del mundo de la contratación. "La mayor parte de tales normas o principios—escribe STOLFI—(5) concierne al Derecho de familia, a los de-

(4) *Teoría del negocio jurídico*, Padua, 1947, §§ 60 y 61.

(5) Ob. cit., pág. 206.

rechos reales o al Derecho sucesorio. Escasas, en cambio, son las normas o principios que se refieren al Derecho de obligaciones, porque el legislador se limita, por lo común, a establecer cómo ha de interpretarse la voluntad de las partes y a prescribir cómo ha de suplirse su silencio, ... aunque a veces el interés general imponga en el ámbito de los derechos de crédito alguna regla inderogable." Y por ello va dicho autor enumerando en cuatro categorías las normas de ese género, a saber: asuntos sobre el estado y capacidad de las personas; derechos sobre cosas; normas previstas en interés de terceros, y, por último (aun cuando él las cita en tercer lugar), leyes especiales que tienden a proteger a aquella parte que el legislador considera más débil y a quien hay que tutelar frente a la prepotencia económica del otro contratante.

Y precisamente por vía de ejemplo aduce el mismo STOLFI (6) los casos del cultivador, del empleado u obrero y del asegurado, que en el nuevo Código civil italiano dan lugar a que pululen las normas inderogables que afloran en los artículos 1.634, 1.654, 2.066, 2.077, 2.098, 2.112, 2.113 y 1.932.

Por lo demás, cuando el propio autor estudia los actos de *fraus legis*, también comprendidos en el género de los ilegales, y glosa el nuevo artículo 1.344, que reputa ilícita la causa cuando el contrato constituye un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, cuida mucho de señalar que el texto no puede aplicarse sin discriminación, porque el principio general en Derecho privado es el de la libertad individual soberana, y en su virtud dice (7): "Que se debe en cada caso examinar con el máximo esmero si la índole de la norma es tal que imponga necesariamente la equiparación de los negocios *contra legem* y los *in fraudem legis*, a fin de evitar que se sustituya el referido principio por la máxima opuesta, que tendría su fundamento en la tendencia supersticiosa de algunos intérpretes que atribuyen a la ley un significado más amplio del que le es propio." Y todavía aconseja que, con respecto a las normas de excepción al apuntado principio, se indague, no sólo gramatical o lógicamente, sino por vía extensiva, cuál era el fin perseguido por el *conditor iuris*, para saber de este modo si se quiso prohibir un resultado concreto, con independencia del medio empleado, o sólo prohibirlo por razón del medio que se usara.

En nuestro caso, cuando la ley de 1942 ordenó que en lo futuro se fijara la renta, *necesariamente*, en trigo, no conminó con sanción de nulidad la infracción de tal precepto, ni consignó de modo expreso y *taxativo* la prohibición de cualquier otro mecanismo. Por tanto, podría sostenerse que, aun siendo norma imperativa, no lo era en el sentido estricto de invalidar el pacto en contrario (8). Como también cabría in-

(6) Ob. cit., pág. 207.

(7) Ob. cit., pág. 208.

(8) El mismo CASTRO BRAVO, que propende a asignar amplio radio de acción al artículo 4.º del Código civil, entiende que la nulidad sólo procede cuando la ley va dirigida contra el acto mismo, cuando lo repudie y estigmatice, *in se*, de ilícito; y también exige que el acto ejecutado contradiga la ley, pues el precepto no abarca los actos inválidos por incompletos, y aun cuando no cabe distinguir

vocar la tesis correcta de que algo tan grave como la nulidad no se presume, sino que ha de constar netamente, con arreglo al principio, clásico en la jurisprudencia francesa, de *pas de nullité sans texte*. Porque, no se olvide, el propósito del mencionado artículo fué tan sólo restablecer entre prestación y contraprestación el equilibrio alterado por circunstancias económicas, no el de proscribir y anatematizar, como pacto inmoral y punible, el de la fijación en dinero de la renta que había de pagarse (y que es la verdadera manera de estipular el precio cierto exigido por nuestro Derecho).

Observemos en corroboración que si es imperativo el tono del párrafo primero del artículo, lo mismo ocurre con el párrafo segundo, aunque las hipótesis contempladas son tan distintas. El legislador, comprensivo, no decretó la nulidad de los contratos ya existentes y que contuvieran cláusula de renta en dinero: se limitó a ordenar una fórmula de acomodación. Y tampoco dijo que el contrato quedase sin validez en caso de no llevarse a cabo la adaptación. Más aún, previó la posibilidad de conflictos entre las partes a este respecto y sugirió camino eficaz para resolver la dificultad.

No es eso sólo: sin salirnos de la propia legislación de arrendamientos rústicos hay algún precepto valiosamente orientador, por su léxico, por su espíritu y por la jurisprudencia que ha motivado. Nos referimos al artículo 2.º de la ley de 28 de junio de 1940, cuyo párrafo primero previene que la duración de los contratos de arrendamiento podrá ser fijada por las partes contratantes, “ajustándose *necesariamente* a los plazos mínimos siguientes...” (varios módulos según clase de aprovechamiento principal y cuantía de la renta). Pues bien; como se ve, también hay tono imperativo y precepto de orden público. Y para que no falte nada se emplea, incluso, el mismo adverbio de modo. Y, sin embargo, no por ello se han declarado nulos aquellos contratos en que se pactó una duración inferior a la mínima legalmente impuesta. La sentencia de 17 de abril de 1944, interesante por más de un concepto, sostiene que “aun en el supuesto de que se hubiera pactado una duración de tres años..., tal duración no podía ser menor de seis años..., según se deduce del contenido de dicho artículo 6.º (de la ley de 1942), aplicado en relación con el 2.º de la ley de 28 de junio de 1940, *sin que para ello sea preciso la celebración de un nuevo contrato...*” Y más adelante consigna que la compra... “no puede alterar el plazo mínimo de duración establecido en la ley, que, como se ha dicho, es de seis años, no vencidos aún, y fuera cual fuera lo convenido por las par-

mala in se y mala prohibita, cabe separar el acto preparatorio y su resultado, y dentro de los actos complejos sus diferentes aspectos ya que la prohibición puede extenderse a todos o a solo uno de ellos. (*Derecho Civil de España*, Valladolid, 1942, pág. 449.)

Por lo demás, ¿cómo equiparar el caso estudiado con los de nulidad radical auténtica? El matrimonio con persona del mismo sexo, un arrendamiento por más de treinta años y otros ejemplos, clásicos en la doctrina extranjera, permiten apreciar la honda diferencia existente.

tes respecto a tal duración, ésta no podía ser menor que la establecida en la ley como mínimo...”

Todavía pudiera agregarse que, en aplicación del artículo 4.º del Código civil, se ha exigido a veces que se trate de violación de leyes prohibitivas (sentencia 1.º abril 1931), o se ha dicho que el precepto constituye un auxilio para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas (sentencia 1.º marzo 1934).

Mas como quiera que el argumento clave se quiere buscar en el carácter de *ius cogens* que al repetido artículo 3.º de la ley de 1942 se asigna, no estará fuera de lugar discurrir sobre las razones que determinaron al legislador a imprimir ese carácter a las normas sobre arrendamientos rústicos, ya que el móvil básico e inspirador es el que debe orientar toda la aplicación de ese Derecho especial.

5) La legislación de arrendamientos como “ius publicum”.

La legislación de arrendamientos rústicos, como en su caso la de arrendamientos urbanos, ha nacido para rectificar, a compás de nuevas circunstancias, los postulados clásicos del Código civil. El criterio liberal, a que tantos bienes debemos, por más que una reacción exagerada quiera desconocerlos, había conducido a abusos evidentes. Los arrendatarios, parte más débil en el momento de contratar y durante la vida de la relación jurídica, sufrían las consecuencias. Y el derecho dominical exacerbado, arisco y antisocial, olvidaba imperativos de conciencia y de honestidad para atender tan sólo al lucro personal del propietario, así como a sus conveniencias egoístas. El remedio consistió en dictar normas nuevas que defendiesen a colonos e inquilinos. Y para su tutela se establecieron disposiciones que frenasen codicias del dueño y otorgasen garantía a cultivadores y ocupantes. Así, por ejemplo, aparecieron las facultades del arrendatario para prorrogar a su arbitrio el contrato, sin que el propietario pudiese impedirlo; así se derogó el artículo 1.571 del Código civil, y se impidió que el cambio de dueño extinguiese el arriendo; así surgieron los plazos mínimos obligatorios en punto a duración, etc., etc. Y como toda esta normación hubiese sido ineficaz si su aplicación hubiera quedado sometida al *bon plaisir* de los contratantes, porque la autonomía de la voluntad habría servido para pactar la renuncia a estos beneficios, se dió a tales disposiciones el carácter de *ius cogens*, de Derecho necesario, superior a la voluntad de las partes; en una palabra, la institución se coloreó de matiz público, borrando su primitiva tonalidad de simple negocio jurídico privado.

Pero, entiéndase bien, todo esto se hizo en favor de un protagonista: el arrendatario. Y la preocupación del legislador fué asegurar para la relación arrendaticia un ambiente de seguridad, de estabilidad, de permanencia, que contribuyera al mejor cultivo, a la más provechosa explotación de la tierra y que evitase cualquier atropello en contra de los labradores, llegando incluso a crear situaciones de tan acusada defensa que ya casi rayan en privilegio y desplazan el centro de gravedad de la propia relación, como ocurre con los arrendamientos de

tipo directo y personal, lindantes con la provincia de los derechos sobre cosas en lugar de ser puros derechos de crédito (9).

Pues bien, si esa fué la motivación del nuevo Derecho especial y esos fueron sus propósitos y su inspiración, ¿cómo invocar el carácter de *ius publicum* que a la nueva normación acompaña para aplicar ese criterio a la defensa del dueño o arrendador? No olvidemos, por tanto, que el artículo 3.º de la ley de 1942 constituyó escudo protector en defensa de los propietarios y que cualquiera exageración al interpretarlo o darle aplicación podrá acarrear, por modo indirecto, la ineficacia de los principios cardinales a que respondió el Derecho especial. Esto es, que aun considerando de orden público el precepto relativo a fijación de la renta en trigo, si con ello abrimos brecha en la fortaleza erigida para protección de los cultivadores, habremos subvertido la finalidad del Derecho especial establecido. Habremos dado paso a un nuevo y anómalo Derecho especial en favor de los arrendadores. Y habremos puesto fin a todas las garantías de duración mínima, permanencia y estabilidad, etc., etc., que fueron motivo determinante de la normación extraordinaria. Y de modo insensible llegaríamos a la paradoja de que el Derecho especial nos reintegraba a la esfera del Código civil.

6) La nulidad total es un remedio heroico

Y, como ocurre con todos los remedios heroicos, no debe prodigarse. En efecto, cuando en una relación compleja, en un contrato con múltiples cláusulas, hay tan sólo una parcela de carácter discutible no resulta aconsejable sacrificar por ese motivo toda la relación jurídica. Al fin y al cabo, las partes quisieron algo; no quisieron la nada. Y dejar el negocio reducido a la pura nada es cosa contraria a realidades y a la voluntad de los interesados y acaso al derecho del menos fuerte.

Un ilustre jurista alemán contemporáneo, LANGE, consagró al tema muy finas páginas (10). A su juicio, propenso a las ideas de Comunidad del Movimiento nacional-socialista, la ley ha querido hasta ahora garantizar el señorío de la voluntad de las partes y lo ha hecho sin retroceder ante las consecuencias. Normalmente, la ley se presenta como neutral y no necesitan sus preceptos coincidir con las buenas costumbres, aunque suele suceder así; pero cuando la colisión se produce, el Derecho es severísimo. "La ley se muestra entonces de un rigor implacable. Lo que va contra la ley o las buenas costumbres es nulo. Por tanto, todo o nada. O todo vale o no vale nada. Incluso la

(9) MORENO Mocholi: *Sobre naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento*, en "Revista general de leg. y jur.", enero, 1948, págs. 25 y sigs., realiza un plausible esfuerzo para mantener al contrato de arrendamiento "el carácter que siempre le fué reconocido"; pero la realidad es que la concepción institucional, como diría el señor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, autor de la ley de 1935, ha alterado bastante todo el perfil de la construcción clásica en la materia.

(10) Especialmente en su obra *100 Jahre zum neuen Schuldrecht*, Hamburgo, 1934, pág. 17.

nulidad parcial se extiende en caso de duda al todo, en oposición al criterio del Derecho común, con arreglo al cual *utile per inutile non vitiatur*. Esta dureza, empero, es pura apariencia, porque no va contra el señorío de la voluntad, sino que procura servirlo mediante la nulidad. Porque, no cabiendo realizar pura y simplemente lo querido, viene la anulación, háyase efectuado o no el negocio. Con lo cual se abre vía libre a una nueva actuación de la voluntad y las partes vuelven a encontrarse como antes de celebrar el contrato ilegal o nulo. Porque el fantasma es siempre la ingerencia, el atenerse a lo no querido, aunque sea objetivamente correcto y digno de apoyo. De este modo la libertad de voluntad consiste en lo negativo.”

Y más adelante insiste (11). La nulidad priva al económicamente débil del objeto contractual que necesitaba con apremio, situándole en posición peor que la que supondría el contrato inmoral, por oneroso que éste resultase. El trabajador que venía siendo explotado se queda sin trabajo cuando se declara la nulidad. El inquilino oprimido se queda sin albergue. El que compró a precio abusivo se hubiera muerto de hambre durante la guerra al decretarse la nulidad de la operación. Todo ello significa que el perjudicado se ve constreñido a soportar en silencio la injusticia en vez de litigar para conseguir una nulidad que le coloque ante la nada. Y para el inmoral que aun no cumplió la obligación asumida habrá libertad de concertar sin riesgo un nuevo contrato. En estos casos no pueden ser solución ni la aceptación resignada ni la nulidad total, sino la transformación de lo insostenible en adecuado.

Por eso la doctrina y la jurisprudencia quisieron dar nueva vida al principio de *utile per inutile non vitiatur* y limitar la nulidad a los extremos defectuosos, logrando dar eficacia al negocio merced a la eliminación de lo no-equitativo. Mas el nuevo Derecho no otorgará primacía a la voluntad egoísta de cada contratante, sino al principio de Comunidad y a la finalidad objetiva del contrato. El nuevo Derecho no dejará al juez como única salida la de la anulación: le confiará también la función de dar estructura al negocio para que en lugar de ser tan sólo un luchador contra la injusticia sea también un creador de Derecho. La meta del nuevo Derecho no será únicamente anular lo prohibido por las buenas costumbres, sino dar realidad a lo exigido por ellas. Y como consecuencia se superará el basto dualismo de blanco o negro, permitido o prohibido, válido o nulo. Vendrá a sustituirlo una trilogía más fina: exigido, no deseado, prohibido. Y restringiendo el área de lo vedado, para reservarlo a los casos graves, quedará espacio para una intervención correctora por parte del juez. Y cuando se mezclen lo innocuo y lo inmoral y no sea lo impugnabile el todo, sino algún sector aislado, especialmente cuando no resulte afectado el objeto de la prestación, sino sus circunstancias o medida, la Ley debe intervenir para crear estructura adecuada, sobre todo si el mantenimiento de la parte útil puede servir al contratante inocente.

(11) Ob. cit., pág. 51.

Hasta aquí las tesis de LANGE, que no compartimos en su totalidad, pero sí en su inspiración. Mas, en cualquier caso, de ellas resulta una enseñanza provechosa: el peligro de que aquella nulidad sea ventaja para una parte y quebranto para la otra. Como también se desprende otro corolario: si el nuevo evangelio anti-liberal que predicaba el Nacional-socialismo no debe tener aplicación general y desorbitada en materia de obligaciones, hay un sector singular, el del Derecho animado por preocupaciones sociales, en que esos postulados han de tener cabida. Y, por tanto, sus directrices serían de perfecta aplicación en el Derecho especial de arrendamientos, precisamente porque lo inspira el ansia de frenar demasías de la parte más poderosa. Y con mayor motivo en caso como el de que se trata, donde se sublima el alcance de un precepto de forma (12) cuando esa legislación, y precisamente por imperio de la misma ley de 1942, artículo 2.º, ha suprimido con notorio acierto las exigencias formalistas que venían impuestas y que recordaban algo del viejo Derecho romano, como lo recuerdan inevitablemente las palabras poco menos que sacramentales a que habrá de acudirse para pactar la renta.

7) Conversión, reconstrucción, etc.

Esa misma resistencia a la anulación, sin más, ha llevado a sugerir la posibilidad de otras medidas sanatorias. Y si en la materia de negocios anulables se han aceptado la ratificación y convalidación, así también, aun tratándose de negocios absolutamente nulos, se ha buscado el procedimiento de extraerles alguna validez y eficacia, unas veces mediante la *refacción* (vocablo propicio a confusiones) o *reconstrucción*, que vuelve a crear *ex novo* el mismo contrato, pero ya sin vicio o defecto, y planteando serios problemas respecto a las relaciones surgidas *medio tempore*; y otras veces merced al mecanismo de la *conversión*, que da vida a un contrato distinto, cuyos requisitos esenciales pueden rastrearse en la antigua situación tachada de invalidez. Es la conversión, según PACCHIONI (13), un proceso interpreta-

(12) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral* (para Notarías), Madrid, 1944, t. 3.º, pág. 167, nos dice: "La ley de 1942, sin alterar lo sustancial de las anteriores normas y el principio general, que todavía rige, de libertad de los contratantes en la fijación de la renta, introduce una nueva limitación en cuanto a la *forma* de señalar éste al adoptar un tipo o patrón de cálculo que permite que el importe de la renta, sustraído a una posible disminución en el poder adquisitivo de la moneda, dependa siempre del precio del trigo..." El dato interesante de este valioso juicio es el que revela la palabra subrayada por su propio e ilustre autor.

(13) *Dei contratti in generale*, 3.ª edic. Milán, 1939 (parte II, vol. 2.º), páginas 197 y sigs. Cfr. en la moderna doctrina alemana la obra de LARENZ: *Vertrag und Unrecht*, Hamburgo, 1936, parte I, pág. 44; allí se consigna, por lo demás, que en las leyes últimas se ordena que cuando hay fijado un precio de tasa para una mercancía no se anula una compraventa pactada a precio superior, sino que se mantiene el contrato, pero rebajando dicho precio. Hay algunas indicaciones interesantes en STOLL (Heinrich): *Vertrag und Unrecht*, Tubinga, 1937, parte I, página 71.

tivo del contrato que permite tener a éste por válido, aunque con caracteres y efectos algo distintos. Si se quiso estipular un determinado contrato, pero por vicios de forma o por otro motivo resulta nulo en cuanto tal, y, sin embargo, contiene todos los elementos de validez de un contrato que hubiese sido perfectamente válido si lo hubieran querido las partes, la conversión da vida a este segundo contrato, pensando en que así lo habrían deseado éstas de saber que era nulo el pactado. La conversión realiza respecto a las lagunas de los negocios jurídicos la misma función que efectúa la analogía frente a las lagunas de la ley. Así, v. gr., si Ticio dió a Cayo el usufructo de un inmueble mediante el pago de un canon anual, y luego resulta que Ticio no pudo ceder el usufructo porque no era dueño del fundo, ¿no cabrá convertir la relación creada en un contrato de arrendamiento?

Pues bien, si se acepta hoy ya la figura jurídica de la conversión, que transmuta nada menos que la institución contractual querida por las partes, ¿cómo no admitir una conversión de mínimo alcance, que ni siquiera llegue tan lejos, y que se limite a completar el requisito imperfecto o a interpretar en sentido de validez la cláusula que por equivocación se moduló en términos no adecuados? (14). Cuando hubo positiva voluntad de las partes, y en su exteriorización se rozó tan sólo en un pequeño sector con cierta regla jurídica, ¿por qué negarse a la cuasi-conversión que supone la fácil acomodación de lo realmente deseado a lo legalmente requerido? En el caso que a través de estas páginas examinamos no habría dificultad para estimar: 1.º que las partes quisieron real y deliberadamente concertar un arrendamiento; 2.º que lograron acuerdo en cuanto al dato fundamental de la renta abonable; 3.º que no quisieron desafiar al precepto legal aplicable para atraerse una nulidad que estaba bien lejos de su intención; 4.º que modularon mal la prestación, pero sentando base segura para su cuantificación concreta y legal; 5.º que el propio artículo 3.º de la ley de 1942 fija por modo clarísimo los términos en que el correctivo ha de hallarse, pues basta con aplicar a los contratos futuros las reglas establecidas para los anteriores, y 6.º que, por tanto, con una interpretación adecuada y una construcción, judicial en su caso, que el propio precepto autoriza en su párrafo tercero, se llegaría a una cuasi-conversión que revalidase con plenitud de eficacia el negocio jurídico concertado.

Así, por ejemplo, en la hipótesis del caso contemplado por la sentencia de 1948 antes citada, la operación sería sencillísima. Precio con-

(14) El remedio sugerido es de máxima timidez y de prudencia exagerada. Sin traer a colación soluciones que en otra ocasión preconizara, con noble propósito de dar amplitud a la tarea judicial, bueno será hacer presente que nuestros clásicos propendieron a mayores atrevimientos, como puede verse en la admirable obra de CASTÁN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, especialmente al ocuparse, con su juicio siempre certero y ponderado, de la investigación "correctora" y aun de la "integradora" del Derecho. Asimismo contiene muy sagaces reflexiones LEGAZ, en su *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, sobre todo en los capítulos IV y V de la segunda parte.

venido, 40.000 pesetas. Fecha del contrato, posterior a la ley de 1942. Coeficiente aplicable, el de 84. Resultado, 476,19 quintales métricos de trigo. Renta abonable cada año, la que arrojará la multiplicación de esos quintales por el precio oficial de tasa del trigo a la sazón.

Para terminar, un argumento de indudable valor. Como que nos lo brinda la sentencia de 10 de noviembre de 1947. Se recordará que en ella había una fina matización entre las situaciones anterior y posterior al emplazamiento del demandado; que con respecto al primer período, el propietario hacía suyas las rentas y el arrendatario los frutos; que con respecto al segundo período se reconocía como de equidad que el colono pagara renta, pero no la pactada, porque el pacto era nulo; y que, en consecuencia, se dejaba para la ejecución de sentencia la fijación de la cantidad que como renta hubiera de abonar el arrendatario por la etapa comprendida entre emplazamiento y desalojo. Pues bien; ¿cómo se fijará esa renta? ¿Se respetará la convenida por las partes y declarada nula? ¿Se acudirá a algún mecanismo pericial? ¿No será lo más probable que se haga la operación tomando en cuenta el propio mecanismo del artículo 3.º, párrafo segundo de la ley, resolviendo un problema de Aritmética elemental? Mas todo ello está revelando la innecesaria complicación creada y, sobre todo, la posibilidad de que el Juez fije la renta *a posteriori*. Y ¿qué es esto, sino el contrato corregido, la cuasi-conversión a que aludíamos? Con la particularidad dolorosa de que esa solución, adoptada al principio profilácticamente, descartaría todas las dilaciones y gastos de un proceso largo; y en lugar de matar en flor un contrato viable, mantendría su eficacia por todo el tiempo convenido y con arreglo a todas las cláusulas estipuladas; y, sin embargo, la solución no opera más que al final, cuando ya el estrago no tiene remedio.

8) El problema del arrendador-usufructuario.

No renunciamos a dedicarle algún espacio, por su mucho interés. Venía planteado de modo concreto, en el último pleito que estudiamos, y también en el recurso; pero ha sido eludido en el fallo, porque el considerando segundo habla en pura hipótesis y sólo para rechazar que aun en esa modalidad lograra validez el contrato primitivo, modificado torpemente por la nueva cláusula de renta en dinero. Y, sin embargo, creemos que el tema merece estudio detenido, con tanta mayor razón cuanto que la fórmula de un arrendador meramente usufructuario puede asimismo abrir portillo peligroso que ponga en cuestión las esencias de la relación arrendaticia.

Conviene advertir, en primer lugar, que nuestro Código civil, y de rechazo la legislación de arrendamientos (que no ha tenido gallardía para remover el obstáculo), propugna en este orden una solución mucho menos generosa que la consignada al respecto en otras naciones. Pero ha de agregarse que en toda esta materia se viene modelando de manera un tanto discutible la figura jurídica de la *resolución*, que no tiene los caracteres que suelen atribuírsele, ni mucho menos.

En cuanto a lo primero, recordemos lo dispuesto en los Códigos de Francia, Italia y Alemania. Porque en cualquier Derecho se ha planteado el caso, por la necesidad de armonizar las facultades del usufructuario y las del nudo propietario ya convertido en pleno dueño, o por mejor decir, se ha sentido la necesidad de buscar solución armónica y justiciera que, sin mermar la titularidad del usufructuario (ni de los terceros que con él pactaron válidamente), respete los derechos del propietario, que no ha de entrar en el disfrute de los bienes bajo el gravamen de una carga que cercene su legítimo señorío. Ahora bien, el criterio adoptado ha sido más razonable y certero que el punzante de nuestro Código civil.

En efecto, el Código Napoleón disponía en su artículo 595 que el usufructuario podrá disfrutar por sí mismo, o dar en arrendamiento los bienes, o incluso vender o ceder a título gratuito su derecho; pero si da aquéllos en arriendo habrá de atenerse, en cuanto a épocas de renovación o a duración del mismo, a las reglas establecidas para el marido con respecto a los bienes de su mujer en el título relativo al "contrato de matrimonio y derechos respectivos de los cónyuges". Y evacuando la referencia, recordaremos que, según el artículo 1.429, aquellos arriendos que el marido haga por sí de bienes pertenecientes a su mujer, por tiempo que exceda de nueve años, no serán obligatorios para la esposa o herederos, en caso de disolverse la comunidad, más que por el plazo que aún reste del primer período de nueve años, o de los sucesivos, de suerte que el arrendatario no tenga derecho sino a completar el disfrute del período de nueve años en que se encuentre.

En Italia, el antiguo Código, artículo 493, consignaba que los arrendamientos concertados por el usufructuario para plazo superior a cinco años no subsistirían, en caso de cesar el usufructo, sino durante el quinquenio en curso. Y tratándose de usufructos por tiempo cierto y determinado; los arrendamientos hechos por el usufructuario sólo durarían un año, o cuando se refiriesen a fundos cuya cosecha principal fuese bienal o trienal, el bienio o trienio que se hallare en curso al tiempo de cesar el usufructo (15). A su vez, el nuevo Código civil (artículo 999) preceptúa que los arrendamientos concertados por el usufructuario, y que se encontraren en curso al cesar el usufructo, continuarán por el tiempo pactado, pero no más allá del quinquenio después de ese momento, siempre que constaren en documento público o en documento privado de fecha cierta anterior; repitiendo por lo demás el precepto antiguo para la hipótesis de usufructos a plazo fijo.

En Alemania, el § 1.056 del BGB prevé la hipótesis de un usufructuario arrendador que ceda los bienes por tiempo que rebase el de su propio derecho, y manda que se apliquen entonces por analogía las

(15) Vide la atinada exposición que hace FUBINI: *El contrato de arrendamiento de cosas*, parte general (trad. SÁNCHEZ JIMÉNEZ), Madrid, 1930, en los párrafos 140 y sigs. Cfr. también VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, traducción esp., Madrid 1928, vol. II, págs. 416 y sigs.

disposiciones de los §§ 571, 572, 573, I; 574 a 576 y 579, relativas al caso de enajenación. Agrega que el propietario podrá denunciar el contrato, respetando el plazo legal de aviso; que en caso de renunciar el usufructuario a su usufructo, la denuncia no puede hacerse sino a partir del momento en que, sin la renuncia, habría terminado el usufructo mismo. Y, finalmente, establece que el arrendatario puede requerir al dueño, fijándole plazo prudencial, para que manifieste si se propone hacer uso del derecho a denunciar el contrato. Por lo demás, los preceptos a que reenvía el § 1.056 (y cuya exposición nos llevaría demasiado espacio) se inspiran en el principio de subrogación por parte del adquirente y en cierto respeto a los derechos del arrendatario, incluso con posibilidad de acción contra el arrendador primitivo (16).

Como se ve, en las legislaciones europeas de mayor influjo se ha mantenido un punto de vista que no sacrificaba, en aras del dueño, los derechos del usufructuario arrendador, ni, sobre todo, los del arrendatario, inocente víctima en otro caso de posibles desavenencias o pugnas de intereses a que él era ajeno. Sin embargo, nuestro Código civil se mostró más severo; pues en su artículo 480, cuya traza traiciona alguna inspiración francesa, se limitó a reproducir el comienzo del precepto concordante en el Código Napoleón, pero cuidó de apostillar diciendo: "Todos los contratos que celebre como tal usufructuario *se resolverán* al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola." Pudiera entenderse que el precepto insinuaba, dentro de su tónica de dureza, un conato de propensión generosa en favor de los arriendos rústicos (17), aunque a decir verdad es que así lo imponía la propia naturaleza del caso (18), que ha sido entendido con cierta amplia comprensión por nuestra jurisprudencia civil. Pero la prevención que asoma en el Código ha perdurado en el Derecho especial creado respecto a los arrendamientos tanto rústicos como urbanos, sin reparar en que ello rima muy mal con la finalidad específica a que los nuevos ordenamientos privilegiados responden, ni tener tampoco presente que la figura de un usufructuario arrendador podía servir torcidamente utilizada para menoscabar garantías y derechos de los que pródigamente otorga esa normación singular a los ocupantes, incluso frente a los dueños con plenitud de señorío.

Concretamente, el artículo 9.º, párrafo segundo, de la ley de Arrendamientos rústicos de 1935, consignó lo que sigue: "Los contratos de

(16) ENNECERUS-WOLFF: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* (7.ª ed.), *Sachenrecht*, Marburgo, 1927, pág. 403 y sigs.

(17) CASTÁN: *Derecho civil*, cit., t. 2.º (1943), pág. 256.

(18) Alguna sentencia del Tribunal Supremo, la de 24 de marzo de 1928, tratando del derecho a indemnización que el arrendatario tiene contra su antiguo arrendador en caso de vender éste el fundo, parece establecer que ello obedece a haber infringido dicho arrendador su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Y cosa análoga cabe pensar en un caso de arrendador-usufructuario, pues la extorsión se produce porque ya no puede mantener al arrendatario en el disfrute del predio por el tiempo pactado.

arrendamiento que otorgue quien tan sólo tenga el derecho de usufructo de la finca arrendada, sea cual fuere el plazo por el que hubieran sido concertados, *quedarán resueltos* al terminar el usufructo, subsistiendo el arrendamiento únicamente durante el año agrícola.” En estos términos, y agravando incluso la expresión literal del Código civil, volvió a sentarse una regla que respeta idolátricamente el espíritu individualista de la propiedad clásica, pero que no cuadra bien con el tono social de la legislación especial protectora de los cultivadores.

Ahora bien, aun admitido esto, y reconociendo lealmente la tendencia del precepto, es forzoso atenerse a su dicción gramatical y jurídica; y ya que no se aspire a deformarlo con interpretación benévola hacia el colono, menos aún deberá agravarse, como ocurriría si la figura taxativamente prevista, o sea la *resolución*, se convirtiera en otra institución de tipo más espinoso y drástico.

Esto sentado, habremos de convenir en que la *resolución*, aun entrando en la órbita global de la ineficacia, no implica una inexistencia ni una nulidad radical, porque el contrato no carece de ninguno de sus requisitos esenciales, ni va contra precepto legal prohibitivo. A lo sumo, se tratará de una posibilidad de invalidación, que tampoco arranca de vicio en uno de los elementos fundamentales, como en los casos de mera anulabilidad, sino más bien de factores ajenos a la entraña íntima de la relación jurídica creada (19). Y llegando hasta el final en la pesquisa, nos encontraremos con que ni siquiera existe aquel motivo de agravio económico que da título para la rescisión. En una palabra, la resolución presupone un contrato perfectamente válido, con todos los requisitos básicos, sin vicio alguno en ellos, sin pugna con texto legal obstativo y sin que concurra lesión de parte o de terceros que induzca a la ineficacia. Buen ejemplo de ello nos ofrecen las hipótesis en que nuestro Código civil habla de la resolución, lo mismo en el artículo 1.124, al configurar la llamada (con impropiedad) condición resolutoria tácita, que al tratar de la resolución de la venta en el artículo 1.506 (y en los casos de retracto que a continuación estudia). En la primera hipótesis se está en presencia de un incumplimiento que puede autorizar a la contraparte para extinguir la relación. En la segunda se está en presencia de un título preferencial que autoriza a su titular (comunero, arrendatario, etc.) a subrogarse en el lugar del comprador, manteniendo por lo demás el contrato en cuanto a sus muros maestros, como objeto y precio.

(19) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 1.º, Madrid, 1946, págs. 325 y sigs., nos dice que la obligación constituye una especie de abrazadera que liga a las partes, y distinguiendo entre *causas de extinción* y *causas de nulidad*, explica que éstas hacen referencia al momento mismo de contraerse el vínculo, mientras que aquéllas se refieren a sucesos posteriores que deshacen el vínculo ya construído; el vínculo se destruye *ab initio* o *a posteriori*; y siguiendo el símil en las causas de nulidad la abrazadera no está bien puesta, y en las de extinción está perfectamente colocada, pero surgen circunstancias que hacen necesario proceder a la reapertura. En nuestro caso, la *resolución* sería causa de extinción, pero no de nulidad de la relación establecida

Ello significa que la resolución no actúa *ope legis*, automáticamente, sino que constituye *derecho potestativo* de su respectivo titular, el cual puede ejercitarlo o no. Y así, en la resolución del artículo 1.124, el contratante que cumplió sus obligaciones puede dirigirse contra el otro, contra el incumplidor, y acordar una de dos cosas: que se cumpla la obligación o que la resolución se decrete (con resarcimiento de quebrantos en ambos casos) (20). Y por lo que toca al retracto, sea convencional o legal, el retrayente está autorizado para subrogarse en el puesto del comprador, pero nadie puede obligarle a ello. Es decir, que la facultad de resolver el negocio jurídico, como uno de tantos *Gestaltungsrechte* que es, requiere voluntad ejercitada por su titular. Y ello supone indefectiblemente estos dos corolarios: *a*) que no puede presumirse, pues sólo la manifestación deliberada de accionarla sirve para darle realidad; y *b*) que el no-ejercicio, o la opción inicial expectante y despejada en el sentido de la inacción, mantiene viva la relación jurídica existente, en cuyo seno nada había que la invalidase.

Haciendo aplicación de todo ello al caso del arrendamiento estipulado por un usufructuario, la consecuencia es clara: el nudo propietario, convertido en pleno dueño por la extinción del usufructo, tiene el derecho, potestativo, de ejercitar la resolución; puede resolver el arriendo; pero ni está obligado a hacerlo, ni el contrato se extingue mientras la resolución no se haya decretado. La propia ley de 1935, que en su artículo 24 enumeraba como causas de extinción del arrendamiento la "resolución del derecho de arrendador" (caso tercero), reguló en el artículo 25 esa hipótesis, distinguiendo según que en el contrato constase o no explícitamente la causa motivadora de la resolución; y para el supuesto de que no constase, estableció que el arrendamiento se resolvería, pero añadió que podría también continuar "subrogándose el nuevo dueño en el lugar del arrendador anterior, si así lo prefiriese". Lo cual demuestra, sin duda alguna, el carácter facultativo, de mera opción, del derecho atribuido al nudo propietario cuando consolida el dominio. Y ello, dados los antecedentes del caso fallado por la sentencia de 10 de febrero de 1948, echa por tierra toda la tesis en que se apoya la Territorial al entender extinguido el arriendo simplemente por la muerte del usufructuario.

Es más, comentarista tan respetuoso con el texto legal como el señor RODRÍGUEZ JURADO, que califica de razonable el párrafo 2.º del artículo 9.º de la ley de 1935 y estima que cualquiera otra solución quebrantaría los principios básicos que regulan la nuda propiedad y el usufructo, cuida seguidamente de advertir a los nudo propietarios que no realicen acto alguno de reconocimiento de la situación arrendaticia, pues si, por ejemplo, a la muerte del usufructuario perciben rentas,

(20) Vide el muy fino análisis que hace BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milán, 1946, págs. 1149 y sigs., de la resolución por incumplimiento, estudiando el artículo 1.453 del nuevo Código (cuyos precedentes estarían en la *lex commissoria* romana y en la práctica francesa, donde se convirtió el pacto adjunto en cláusula de estilo).

habrán decaído de su derecho (21). Lo cual equivale a admitir la posibilidad de mantener en vigor el contrato, incluso por la tácita, mediante actos concluyentes. Y también está indicando la pervivencia del negocio jurídico mientras la resolución no se actúe en forma.

No estará fuera de lugar una indicación complementaria. Con arreglo al artículo 1.571 del Código civil, el comprador de finca arrendada tenía derecho a que terminase el arriendo (salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria). Pues bien, si aun en la concepción individualista de aquel cuerpo legal el arrendamiento no se extinguía de pleno derecho (22), ¿cómo pensar que el nudo propietario, al convertirse en pleno dueño, ostentase otra condición jurídica? Lo lógico es que en uno y otro supuesto se respetase el derecho potestativo del nuevo adquirente para poner término al arriendo; mas no cabe presumir en un caso la subsistencia de la relación arrendaticia y estimar en el otro caso que el arriendo murió sin remedio.

Pero hay más; el artículo 1.571 del Código civil ha quedado derogado por la legislación de arrendamientos. Y así, v. gr., el artículo 9.º de la ley de 1942 obliga al nuevo adquirente a soportar el arriendo existente por todo su plazo contractual o la prórroga en su caso, y sólo entonces podrá el flamante dueño recabar la finca, y eso si se compromete a su explotación en cultivo directo. Con esta premisa, ¿no resultará excesivo que el nudo propietario pueda hacer lo que al pleno dueño le está vedado? No se nos oculta que el comprador de una finca la adquiere por su libre albedrío y cerciorándose previamente de su estado legal, e incluso abonando precio distinto según que esté libre u ocupada. Pero, en último término, lo que él adquiere es una propiedad, un derecho de dominio. Y ni éste es diferente en su esencia del que consolida el nudo propietario, ni el arrendamiento que a aquél vincula por motivos de alto relieve social pierde fisonomía o valor cuando fué un usufructuario el que lo concediera. La entraña jurídica de ambas instituciones, dominio y arriendo, perdura la misma, sea cual fuere el título a través del cual ostente su titularidad el propietario (23).

(21) Ob. cit., pág. 357.

(22) Si el nuevo dueño del inmueble revela con actos explícitos su intención de que continúe en vigor el contrato de arriendo existente, no puede ampararse luego en el artículo 1.571 para ejercitar la acción de desahucio. (Sentencia 28 febrero 1913.)

(23) Con su proverbial ponderación nos dice CASTÁN: *Derecho civil*, cit., III, página 16, que el régimen de nuestro Código civil sobre enajenación de la cosa arrendada tiene graves inconvenientes prácticos, pues la facultad que el comprador posee de extinguir el arrendamiento equivale a un privilegio concedido al propietario, quien puede eludir el cumplimiento del contrato sin más que vender a un tercero la finca. Por ello entiende que los grandes intereses industriales, mercantiles, etc., ligados hoy a los arrendamientos exigen la adopción de un sistema más respetuoso con los derechos del arrendatario. Y los Códigos extranjeros nos dan ya el ejemplo de una solución progresiva en esta materia.

Servantia distantia, mucho más podría decirse, con respecto a la resolución del arriendo por muerte del usufructuario-arrendador. Y con mayor motivo si el usufructo no era vitalicio.

Valgan estas reflexiones para demostrar que, sin grave violencia, el caso resuelto por la sentencia de 10 de febrero de 1948 hubiera podido conducir a solución completamente contraria a la que estableció la Territorial; solución que a la postre ha prevalecido por no haberse abordado el tema, pese al interés que a nuestro juicio reviste, al fallarse el recurso de revisión donde explícitamente se planteaba el problema de que se trata, según queda dicho.

9) La contratación de arriendos rústicos en la vida jurídica española

Es una realidad fácilmente comprobable que, pese a ingenuas nivelaciones teóricas, las dos partes contratantes de un arrendamiento rústico no se hallan situadas en un mismo plano económico y social. El propietario posee mayor solvencia, mayor pericia, mejor asesoramiento, menor necesidad de pactar. Por el contrario, la parte arrendataria suele tener posición económica inferior, no alcanza elevado grado de cultura, carece de asesoramiento y se ve acuciada muchas veces por la necesidad de lograr tierra a toda costa. Sin que desconozcamos la posibilidad de casos en contrario ni tampoco ignoremos abusos y trapacerías de colonos avezados y desaprensivos, la verdad es que no suele darse la hipótesis de que el arrendatario se imponga al dueño y, en cambio, es muy fácil que el propietario ejerza cierta presión o coacción moral, y de ambiente al menos, con respecto al futuro colono. En una palabra, el supuesto ilusorio de una equiparación entre ambas partes se ve a diario contradicho por la circunstancia de que el propietario pesa más que el arrendatario al celebrar el contrato. De hecho, no es fácil que el arrendatario redacte el documento; por el contrario, resulta frequentísimo que el dueño (o su Administrador, su Notario o su Letrado) lleve extendido el texto que se ha de suscribir, y ni siquiera faltan formularios de tradición en una casa, o en una región, que sirvan para estos menesteres.

Pues bien, con estos antecedentes de experiencia cotidiana, el peligro que entraña la doctrina legal establecida salta a la vista. Bastará con que el dueño, inadvertida o dolosamente, deslice la cláusula de renta en metálico para que el contrato nazca afectado de invalidez. Se dirá que el arrendatario deberá no firmarla, sabiendo el riesgo que corre. Pero no cabe olvidar que su posición es de inferioridad y que le inducirán a suscribir el texto sin reparo no pocas consideraciones: su ansia de tierra, su ignorancia de los preceptos taxativos y de la severa jurisprudencia dictada, su confianza en la buena fe de la contraparte y en su respetabilidad, su temor de que otro acepte lo que él rechaza y hasta el convencimiento, muy generalizado y perfectamente natural, de que si él va a pagar en definitiva en dinero poco importa que se haya respetado o no el sutil mecanismo legalista de pactar en trigo para pagar en monedas.

Y hasta puede mencionarse la realidad, a menudo comprobada, de

que nuestros cultivadores sienten repugnancia hacia el pago en especie y prefieren siempre pactar la renta en dinero. Como es también dato de experiencia comprobado que las partes suelen ponerse de acuerdo respecto a la cantidad de pesetas en que va a consistir la renta y después, para cumplimiento del rito legal, traducen esa cifra en quintales métricos de trigo. Lo cual revela cuan fácil es, con buena voluntad, pasar de una fórmula a otra en cualquier supuesto y por qué aparece todavía con tanta frecuencia el caso de contratos de arrendamiento rústico en que las partes se quedaron a mitad de camino, no con ánimo de infringir preceptos legales, sino por explicable inercia o porque la realidad es, a la postre, el pago en dinero.

La conclusión de todo ello no puede ser ni más clara ni más desoladora. El propietario, con su mayor influjo, deslizará la cláusula de la renta convenida en efectivo; el arrendatario, incauto o inerme, aceptará ingenuamente la estipulación, y en cuanto ésta se haya firmado, el colono quedará a merced del propietario. Porque no se sentirá éste obligado a respetar el plazo convenido, sino que, en cualquier momento, tan pronto como halle mejor solución o se canse del arrendatario, *se acordará* de que en el contrato hay una cláusula que lo invalida y dejará sin efecto el arriendo, invocando el vicio de que probablemente fué autor consciente y deliberado. Y no cabrá siquiera que el arrendatario se prevalga de análogo medio, porque su necesidad de tierra le atará, y aun sabiendo que dispone de un arma para invalidar la operación, se abstendrá de utilizarla, por no perder lo que con el contrato precisamente buscaba. Todo ello aparte de que no es recomendable en buena tesis esa compensación de ardides o maquinaciones, pues los contratos, y más los de tracto duradero, se pactan para ser cumplidos honestamente por ambas partes y no como artificio engañoso que brinde a cada una caminos para eludir sus compromisos o como palanca para alzaprimar a la otra, someténdola a constante amenaza o a perdurable desasosiego.

El resultado, en definitiva, será dolorosísimo: una legislación protectora del arrendatario, una jurisdicción privilegiada para amparo de los cultivadores y... conjugando los preceptos de aquélla y la doctrina legal de ésta, una situación en que el colono queda sin defensa y en que, mediante un ingenioso rodeo, será posible vulnerar los plazos mínimos de duración legal del arriendo y hasta los contractualmente convenidos por las partes, con toda la extorsión consiguiente al practicarse la liquidación de la relación jurídica nacida de esa forma y prematuramente aniquilada (24).

(24) La Declaración quinta, punto 6.º, del Fuero del Trabajo dice así: "El Estado asegurará a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra por medio de contratos a largo plazo que les garanticen contra el desahucio injustificado y les aseguren la amortización de las mejoras que hubieren realizado en el predio..."

10) Los deberes de la toga

No se reducen al asesoramiento honrado ni a los escritos e informes ante los Tribunales. En servicio de altísimas consideraciones, el Abogado siempre ha de procurar que sea lo más perfecta posible aquella tarea de administrar justicia en que a su modo y desde su esfera interviene. Y si por acaso estima que una orientación legislativa o jurisprudencial puede resultar inadvertidamente dañosa, está en la obligación de decirlo, razonando su criterio, por si él fuese quien padeciera ofuscación o yerro.

Concebimos la vida forense como una cooperación entre abogacía y Tribunales. Cuando el Letrado cumple con su deber, no acepta sino los asuntos que estima moralmente correctos y legalmente viables, y hecha esta selección, se afana en defender con toda su pericia y todo su entusiasmo la tesis que considera justa sin rehuir el esfuerzo, antes bien, intentando convencer al juzgador con la máxima aportación de opiniones doctrinales y textos de jurisprudencia. Y, a su vez, el Tribunal, sin que le sugestionen dotes de desigual competencia entre los patronos de ambas partes, escudriña los hechos y forma su opinión tomando en cuenta los datos ofrecidos y las argumentaciones expuestas. Una abogacía experta obliga a los Tribunales a más severo estudio y a más depurado razonamiento técnico. Una magistratura briosa y activa impone a los Letrados mayor rigor en su tarea y mayor elevación en sus actuaciones. La compenetración entre ambas instituciones redundará en bien de la justicia y en mejor servicio de la construcción jurídica. Por el contrario, cuando una desfallece, el resultado se resiente por modo inevitable. De ahí el estímulo que para la abogacía supone verse en presencia de una judicatura que rivaliza en atención, en dominio de los medios instrumentales, en generosa y abnegada dedicación a su tarea. Pero de ahí también el desaliento que cundiría cuando el informe preparado con esmerado empeño no hallara la compenetración de una mirada confortadora ni el halago de una opinión luego recogida en el fallo, ni siquiera el consuelo, triste aunque eficaz, de una refutación que deshaga errores o justifique los motivos de discrepancia. Si el profesional supiera de antemano que su labor iba a ser baldía acabaría de seguro por renunciar a la incomodidad de un trabajo penoso en su realización y estéril en sus resultados. Como a *sensu contrario* en la magistratura debe producirse desánimo cuando un fallo minuciosamente áquilatado no halla ni la acogida de un ambiente fervoroso, ni la satisfacción de provocar reacciones de superación futura en la clase profesional llamada a apreciar más directamente el esfuerzo efectuado.

Y para complemento de todo ello acaso debiera existir, como apuntaba el llorado BECEÑA (25), aquella institución, de pericia ecuánime y de neutralidad justiciera, que fué el *prudens* romano o son los *arrê-*

(25) El tema constituye algo así como un *leit-motiv* de su notable obra *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928.

tistes franceses. Sin interés por el litigio y con pasión por el Derecho, su imparcialidad y su competencia pueden servir para guiar con rumbo seguro los pasos de la vida forense de un país. Tal misión exige renunciación absoluta a cuanto signifique actuación ante el pretorio respectivo. Pero el sacrificio que ello implique puede resultar fecundo si con él se logra la noble finalidad perseguida.

La mejora de labrar y poseer (*)

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho Civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. *Concepto de esta mejora.*—II. *Alcance de la disposición.*—III. *Obligaciones del mejorado.*—IV. *Las costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad.*—V. *Rentas en saco en lugar de la legítima.*—VI. *Formas de la mejora.*—VII. *Instituciones afines.*—VIII. *Origen de la mejora gallega.*—IX. *La mejora ante el Código civil y el Apéndice de Galicia.*—X. *Delegación de la facultad de mejorar: 1. Criterio que preside la designación del petrucio; 2. Fórmulas notariales sobre designación indirecta del petrucio: a) delegación en favor del cónyuge de la facultad de mejorar; b) mejora en favor del que se case para la casa petrucial; 3. Criterio del Tribunal Supremo; 4. Designación indirecta de heredero en los Derechos forales; 5. Sentido de la ley XXXI de Toro; 6. Ante el Apéndice de Galicia.*

I. Concepto de esta mejora

Sabido es que el labrador gallego—el “paisano”—conoce muy bien lo que sean los derechos subjetivos, y que, con ellos al hombro como armas de combate, conduce a los demás ante el juez para exigirles que cumplan sus deberes, devuelvan lo que no les pertenece según la norma jurídica e incluso, a veces, para salir vencedor en la pelea entre ellos entablada por puro espíritu de emulación.

Y sin embargo, ese mismo paisano, de ordinario, calla y se resigna silencioso cuando, al ocupar su hermano la jefatura doméstica, tiene que abandonar la casa y el lugar para fundar por su cuenta otra familia.

¿Cómo se entiende esto? ¿Por qué no marcha ante el juez y protesta de un trato que parece por demás injusto?

* Este trabajo es una parte del que, bajo el título “Derecho civil de Galicia”, publicará la Nueva Enciclopedia Jurídica.

Pues muy sencillo. Es que el paisano—amante de su familia, de su tierra y su lugar, y conocedor intuitivo de su propio derecho—guarda fiel obsevanca, casi culto, a sus costumbres jurídicas, formadas justamente por sus mayores, en defensa de la familia, de la campiña y, por ende, del lugar; costumbres que se mantienen vivas por eso mismo: porque son conocidas y juzgadas obligatorias por quienes ven en ellas la norma que regula sus derechos respectivos.

De una de estas costumbres vamos a ocuparnos: la que en defensa del patrimonio familiar, amenazado por la desintegración que ocasionan las particiones hereditarias, procura su pervivencia mediante la transmisión en favor de un único descendiente. Nos referimos a la mejora de labrar y poseer (1), que no ha sido debidamente caracterizada por los foralistas, y cuyo interés trasciende de la región gallega en que se aplica.

Pero como quiera que de costumbre se trata, nada mejor—para poder abrazar sus variados matices y describir sus múltiples modalidades—que trazar aquellas líneas de la institución que, por ser fundamentales, aparecen siempre como rasgos característicos de su fisonomía.

En esquema, la institución consuetudinaria que vamos a estudiar consiste en esto: en designar el jefe de la familia a uno de sus descendientes para que se haga cargo—con exclusión de los demás—del patrimonio familiar, pero sin merma de la posición preeminente que los padres deben ocupar y de hecho ocupan en el campo de Galicia.

Al logro de ese objetivo—indivisibilidad del patrimonio y salvaguarda de la preeminencia de los padres—acude la costumbre con previsiones varias para resolver los problemas que lleva consigo la presencia de otros descendientes, la muerte prematura del jefe de la familia, el declive de sus fuerzas o el simple hecho de haber aportado uno solo de los padres los bienes que integran el patrimonio familiar.

Juegan aquí elementos de diversa naturaleza—unos objetivos y otros de índole subjetiva—, de cuya combinación cuidadosa ha de resultar precisamente la equitativa solución de los intereses en conflicto.

De entre esos elementos, el que primero se ofrece a los ojos del observador es el jefe de la familia campesina, el dueño de la casa, el patrón, a quien suele darse el nombre de “petrucio” (2).

Y en seguida aparece, con espontaneidad, un segundo elemento, la

(1) “Es costumbre tan respetada—escribe HERVELLA FERREIRA—entre la población rural en los puntos donde se observa, que es frecuente que los hijos que salen de la casa, a veces pobres jornaleros, no se preocupen nunca de reclamar derecho alguno de los que corresponden por sus legítimas, dejándole todo al *petrucio*, para que el patrimonio no sufra menoscabo.” (*Las comunidades familiares y la compañía gallega*, Monforte, 1898, pág. 132.)

(2) Vid. LEANDRO CARRÉ ALVARELLOS, *Diccionario galego-castelán*, II, A Cruña, 1931, pág. 279. También es definido el “petrucio” como el mayor, o patrón de una familia; así lo hace MARCIAL VALLADARES NÚÑEZ, *Diccionario galego-castellano*, Santiago, 1884, pág. 449, pensando, sin duda, en que de ordinario la jefatura doméstica viene a recaer en el mayor de los descendientes.

No recoge la voz “petrucio” FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ, *Diccionario galego castellano*, Coruña, 1863.

casa, entendida como patrimonio familiar, en el sentido de conjunto de bienes que a la familia pertenecen y que en ella quiere conservarse. De aquí que se la designe con el nombre de “casa petrucial”.

Si además se tiene en cuenta que tan petrucio es el jefe futuro como el actual titular (3), y que la casa fué por éste recibida en virtud del mismo mecanismo, bien se comprende que de hecho, en el fondo, el patrimonio viene a quedar sometido a una especie de vinculación en beneficio del jefe familiar. Y de aquí que sea frecuente el uso de la voz “vinculeiro”, aplicada al sucesor que recibe por ese conducto los bienes de la casa (4).

II. Alcance de la disposición

Por lo general, el alcance de la mejora otorgada por los labradores tiende tan sólo a conservar la casa petrucial, el *lugar acasarado*, que tanto trabajo costó a los viejos y que desean se conserve siempre en sus principales fincas, como base para el sostenimiento de la familia gallega (5).

Lo más frecuente es que se haga la mejora llamada “por la vieja” o “de tercio y quinto”. El mejorado recibirá siete quinceavos del haber total (6) y su parte en el resto, como los demás hijos. Se suele agregar que en pago de esta disposición se adjudiquen los bienes más caracterizados de la casa. De tal modo, la mejora comprende la casa matriz con su corral, los “resíos” (7), “cortiña” (8), “alboyo” (9), hórreo, pajar, cuadras y edificaciones anejas (10). Y suele extenderse a los muebles, ropas, ganados (11), aperos y demás enseres que existan

(3) “Es el *petrucio*—nos dice ALFREDO GARCÍA RAMOS—el sucesor elegido por el padre para continuar la labranza y perpetuar la *casa*, bajo la fórmula de *mejora de labrar y poseer*” (*Estilos consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas de Galicia*, Madrid, 1909, pág. 42).

(4) Así se refleja en el cantar del pueblo que dice:

*O día que nos casamos
plantou Luis un laranjeiro.
Hoje laranjas ja da
que come o meu vinculeiro.*

Cfr. VALLADARES, Op. cit.

(5) La extremada división del suelo gallego hace que, aun en familias pobres, el número de fincas que integran el patrimonio de los causantes sea elevado. Por eso, de ordinario, su propensión se reduce a conservar la casa y lugar, como medio de evitar la división de la casa matriz y su correspondiente explotación.

(6) Integrados por la totalidad del tercio de mejora y por dos quintas partes del de libre disposición.

(7) Patio no cerrado y era.

(8) Tierra de labor cerrada sobre sí, que con las demás fincas unidas a la casa forma el lugar.

(9) Cobertizo.

(10) Lo que constituye el *conjunto, circundado o ruedo de la casa*.

(11) Si son los normales y no están dedicados al tráfico.

en la casa del testador; a los frutos verdes y sembrados, pendientes y recogidos, y a las carnes saladas y embutidas (12).

Menos frecuente es que se otorgue la mejora que ellos llaman "por la nueva", que abarca los dos tercios, libre y de mejora, además de la parte del mejorado en el tercio de legítima corta.

En raras ocasiones desean los testadores una mejora de ocho quinceavos, también llamada mejora de tercio y quinto; pero aquí se tomarán ambos tercio y quinto de la totalidad del haber, a diferencia del caso primero.

Cuando se trata de pequeño caudal y que desmerecería mucho por su división, los testadores piden que la mejora comprenda todo el patrimonio agrícola. Tal deseo se manifiesta más vehemente en los casos de ausencia indefinida en América de todos los hijos menos el mejorado, o cuando han ocurrido graves disgustos familiares, y entonces se acude a la solución del artículo 1.056, párrafo segundo, del Código civil, si las circunstancias lo permiten; y si no, a la donación inter vivos, según luego veremos.

Como comprobación de lo dicho, bastará recoger dos testamentos, entre los muchos del mismo tipo que pudieran transcribirse.

Por uno de ellos, el testador Benito Mareque y Mareque (13), en escritura otorgada el día 29 de julio de 1921, en Bandeira, Ayuntamiento de Silleda, ante el Notario don José Salgado Biempica, "mejora en el tercio de este objeto al hijo Avelino y lega al mismo, a cargo del tercio libre, la quinta parte del resto de la herencia, deducido previamente del tercio de mejora, y todo sin perjuicio del usufructo voluntario y legal de la esposa; por lo tanto, en su día el hijo Avelino percibirá como mejora y legado un beneficio de tercio y quinto como se usa de antiguo en el país, o sea siete quinceavas partes de la total herencia, señalando para cuenta a proporcional tasación con los demás, y si al beneficiario así le conviniese, el derecho o parte que haga el otorgante en la casa en que habita con era y terrenos unidos y dependencias".

Con fecha 21 de mayo de 1928, ante el Notario de Santiago don Jesús Fernández Suárez. Tomás Mohugán Tejo, vecino del lugar de Agrelo, parroquia de Santa Cruz de Rivadulla, "mejora a su hijo Tomás Mohugán Castelao, en propiedad para siempre y aparte de su legítima, en el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones del testador, llamado de mejora. Y lega y manda al mismo su hijo Tomás Mohugán Castelao, también en propiedad y para siempre y aparte de su legítima, dos quintos del tercio llamado de libre disposición, pues la voluntad del otorgante es, en consideración a lo obediente que siempre ha sido su hijo Tomás y en atención a otras circunstancias, que el Tomás lleve en propiedad para siempre y aparte de su legítima, si bien con las condiciones y obligaciones que impondrá, lo que antes del Có-

(12) Todo ello se comprende en la expresión "a puerta cerrada", o en la de "muebles que se hallen de puertas para adentro", que lo sintetiza.

(13) Labrador, vecino de la Parroquia y Municipio de Boqueijón. lugar de Lamparte, provincia de La Coruña.

digo civil se llamaba mejora del tercio y quinto de todos los bienes, derechos y acciones del testador; habiendo de comenzar a tomar esta mejora por la casa en que el otorgante vive, sita en el expresado lugar de Agrelo, con el mueblaje de casa, aperos de labor, frutos y ganados, según se halle a su fallecimiento, con todas las dependencias y salido unido a ella y todo el terreno anexo tal cual queda relacionado" (y que se describe detalladamente en cláusula anterior).

III. Obligaciones del mejorado

El testador suele imponer al mejorar obligaciones en su propio beneficio, pero también en el de su cónyuge e hijos.

Las más frecuentes y características son:

a) "impone al mejorado la condición de vivir (o continuar viviendo) en la casa petrucial con el testador y con su esposa, cuidándoles en salud y en enfermedad hasta su muerte, con arreglo a su estado, a su clase y a la costumbre de la tierra".

Como nos hacía notar MIGUEL HOYOS DE CASTRO, Notario de Vigo, realmente esta cláusula es de poca utilidad práctica, si se tiene en cuenta la naturaleza mortis causa del acto testamentario; pero suelen exigirla los testadores (14). Sería difícil hacer jugar esta cláusula como *condición* en sentido técnico para deducir de ella consecuencias jurídicas en orden a la mejora. En realidad, como el heredero mejorado suele estar enterado del testamento de sus padres, la citada cláusula supone más bien un reconocimiento de fidelidad por parte del hijo mejorado, que los padres quieren garantizar moralmente consignando en su testamento esa obligación de asistirles y cuidarles.

b) "consentir que sus hermanos solteros, o viudos sin hijos, habiten en su compañía en la casa petrucial" (15).

Esta obligación suele imponerse más bien en favor de las hermanas. Si existen otros hijos que hayan emigrado, y para el caso de que vuelvan al lugar, se impone al mejorado la obligación de darles cama y habitación juntamente con el cónyuge si vuelven casados; pero se excluye a la descendencia de ordinario, por la insuficiencia de la casa. En ocasiones, esta obligación abarca también la de alimentarles, presuponiendo el trabajo del ausente que vuelve para la casa.

c) "casarse y hacer cabeza en la casa petrucial, siguiendo en ella hasta su fallecimiento" (16).

(14) Es que en el fondo late la idea de pacto sucesorio, que aproxima esas mejoras a un verdadero heredamiento.

(15) La gran cantidad de pleitos que esta cláusula planteaba la hizo caer en desuso en algunos puntos, como en Guitiziz, según testimonio del Notario Sr. Pérez Sauquillo. Pero en otros distritos no ocurrió así. Refiriéndose a Pontevedra, nos dice el también Notario D. Alberto Campos Porrata que la obligación más frecuente impuesta por los testadores a sus hijos mejorados es la de dar habitación en la casa matriz a sus hermanos mientras permanezcan solteros o viudos sin familia.

(16) A esto se llama—en la terminología regional—"casarse para la casa", o "en la casa".

Hace unos años, un matrimonio requirió al Notario y otorgó testamento en su domicilio, haciendo mejora de la casa y otros bienes a favor de un hijo, con la obligación de atenderles y cuidarles hasta el fallecimiento del último, *sin ponerle la condición de seguir viviendo en la casa, siendo jefe de la misma*, aunque sí legando el derecho de habitar en la casa a los hermanos solteros. Pasado el tiempo, murió la testadora bajo ese testamento, y al año fué requerido nuevamente el mismo Notario para autorizar el testamento del viudo, llegando tarde, es decir, en el momento en que éste fallecía; y preguntando la causa de otorgar o querer otorgar este nuevo testamento, la expresaron en estos términos: el mejorado había solicitado ser guardia, había atendido a la testadora y esperaba ocupar la plaza a la muerte del viudo, puesto que éste se encontraba gravemente enfermo; al enterarse éste, quiso, y no pudo, quitarle la mejora, porque al marcharse dejaba ya de ser jefe de la casa, que era lo que él buscaba, y además se llevaba las utilidades del lugar, pues las demás fincas de la mejora se las arrendaría a sus hermanos o a otras personas, viniendo a ser un enemigo de la unidad familiar y gravoso al matrimonio, en vez de ser el jefe y sostén de la familia (17).

Conviene advertir que el mejorado no llega a ejercer la jefatura familiar hasta la muerte de sus padres. Como dice GARCÍA RAMOS, la mejora por designación de *petrucio* lleva consigo las obligaciones de dirigir los cultivos, tener en su compañía a los padres, *comiendo a una misma mesa y manteles*, y consentir también a los hermanos mientras no se casen (18).

Sirva de ejemplo la siguiente cláusula de una escritura de 24 de febrero de 1859, mediante la cual doña Florencia Bouzas mejoró a su nieto Pedro Recarey en el derecho de labrar y poseer en el lugar de Freijeiro, que ella había heredado de su padre: "La predicha doña Florencia pacta que desde el día del casamiento del nieto se compromete a tener y conservar a éste y futura consorte en su casa y compañía, mesa y manteles, esperanzada de que le sean humildes y obedientes, cuidándose recíprocamente en sus achaques y enfermedades, y aliñándose todo por cuenta de las producciones del lugar que cultiva de Freijeiro y más bienes que tiene y tuviere doña Florencia, quien será la *cabeza de casa*, sin que el nieto pueda, ni la consorte, mezclarse en el régimen de ella, y sólo asiduamente se dedicarán al trabajo del conmemorado lugar; y cumpliéndolo así, siéndole humildes y obedientes. sin causar ingratitud, no podrá de modo alguno dicha doña Florencia separar de su compañía al nieto y mujer de éste" (19).

(17) Debemos la noticia de este hecho al Notario de Vigo D. Demetrio Méndez.

(18) *Estilos*.... pág. 43.

(19) Documento transcrito por PÉREZ PORTO, en su Memoria sobre *El Derecho foral de Galicia*, La Coruña, 1915, pág. 97.

En el testamento de D. Tomás Mohugán Tejo, antes citado, se lee: "imponer al mejorado como obligaciones la de pagar las deudas que contra sí tuviere el testador, probada su legitimidad, la de cuidar a sus padres y tener consigo en su

d) "pagar de su cuenta y cargo todos los gastos que ocasione la liquidación total de su herencia". Obligación que en algunos casos alcanza hasta el pago del impuesto de Derechos reales por la transmisión de la herencia.

e) "entregar a cada uno de sus hermanos. cuando se casen o dejen de vivir en la casa, la cantidad de ... por una sola vez", cantidad equivalente al importe de su legítima estricta.

A los demás hijos, por lo general, se les favorece con cláusulas de sustitución, si el mejorado no cumple las obligaciones que se le imponen, o la que se estime como fundamental, y siempre que el sustituto la observe desde que aquél haya dejado de hacerlo.

Así vemos en el testamento otorgado en Bandeira por Benito Mareque y Mareque, a que antes hicimos referencia: "si el hijo Avelino falleciese antes que el testador, o si se casa y fuese a vivir definitivamente fuera de la casa, o si mientras viva el otorgante y su esposa se ausentase del país, marchando al extranjero, en cualquiera de estos casos el beneficio de tercio y quinto pasará en iguales términos y condiciones al hijo Jesús".

IV. Las costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad

Tras estas indicaciones, podemos ya recoger las llamadas costumbres de Bergantiños, Lalín y Cotovad, que estudiaron, entre otros, MURGUÍA (20), BUJÁN (21), HERVELLA (22), MANUEL LEZÓN (23) y MOUTÓN OCAMPO (24).

Estas costumbres, que difieren sólo en algún detalle, coinciden en su finalidad de proteger las pequeñas explotaciones campesinas contra los perjuicios de la división hereditaria.

En Bergantiños (25), el padre mejora a uno de sus hijos en el derecho de labrar y poseer sus bienes, a condición de satisfacer las cargas a que están afectos y dar a sus hermanos la utilidad que resulte a tasación pericial de la parte que pudiera corresponderles; de modo que,

compañía a sus hermanos solteros o viudos sin hijos, y casarse en la casa con joven de buena familia y costumbres y continuar viviendo en la casa con sus padres, ayudando a éstos, dedicándose a la labranza y viticultura, como lo han hecho sus padres y antecesores, conservándolo todo bien cultivado".

(20) *Estudios sobre la propiedad territorial de Galicia.—El foro.—Sus orígenes, su historia, sus condiciones*, Madrid, 1887, págs. 36 y sig.

(21) *Estudio jurídico sobre el contrato de compañía de familia*, Orense, 1887.

(22) *Las compañías familiares...*, págs. 131. y sigs.

(23) *El derecho consuetudinario de Galicia*, Madrid, 1903, págs. 111 y sigs.

(24) *Diccionario del Derecho civil foral*, II, Madrid, 1905, págs. 241 y sigs.

(25) Territorio de la provincia de La Coruña, regado por el río Allones, que antiguamente constituyó jurisdicción, compuesta de las feligresías de Aldemunde, Artes, Cabo-Vilaño, Coiro, Goyanes, Lestón, Oza, Razo, Sisamo, Sofán, Soutiello Torás, Trava, Vilaño y Vilela. En su término estaban comprendidos los puertos de Cayón, Malpica y Cosme.

si bien es un hijo solo quien hereda los bienes y dispone de ellos a su voluntad, los otros cobran su renta, y, en realidad, vienen a vivir todos del acervo común.

Por la de Cotovad (26), el hijo mayor recibe la casa petrucial por mejora de tercio y quinto, después de la muerte del padre, al cual sucede como verdadero *petrucio* en los bienes y en los honores.

En Lalín (27), el padre acostumbra a hacer la mejora en favor de cualquiera de sus hijos, aunque, por lo general, es el mayor quien la obtiene. Como en Cotovad, en la mejora de tercio y quinto se incluye, desde luego, la casa petrucial y su circundado, pero con la diferencia de que dicha mejora se hace inter vivos y cuando el mejorado contrae matrimonio. Sus obligaciones se reducen a tener a mesa y manteles en su casa a sus padres, mientras vivan, y a sus hermanos en tanto no contraen matrimonio, a cambio de lo cual le ayudan en los trabajos y faenas del campo, de modo que las facultades y preeminencias del jefe de familia se traspasan al mejorado (28).

De estas costumbres, ofrece especial interés la de Bergantiños, por el modo original de satisfacer su legítima a los hijos no mejorados, como se recoge en la fórmula notarial siguiente: "Instituye herederos a sus ... hijos; pero, en beneficio económico de la familia, prohíbe que se parta su herencia, integrada por una humilde explotación agrícola, que tiene en ..., y quiere que lleve íntegra dicha herencia su hijo M., el cual cumplirá entregando en pago de su haber, a cada uno de los restantes herederos, *la renta en sacos de trigo, a uso de tierra de Bergantiños, que proceda, a justa regulación pericial*" (29).

Antes de puntualizar el alcance de las rentas en saco en lugar de la legítima, debemos advertir que esas costumbres no sólo se practican en los tres puntos indicados. Así, MONTERO LOIS afirma que las costumbres de Bergantiños y Lalín, más que peculiares de dichos puntos, son generales en casi toda Galicia y con especialidad en la provincia de Lugo (30). LEZÓN, por su condición de registrador de Celanova, da testimonio de hallarse viva la costumbre también en la provincia de Orense (31). Y GARCÍA RAMOS sostiene que la mejora de labrar y poseer es conocida y practicada en toda la región gallega (32).

(26) Lugar de la provincia de Pontevedra. término municipal de Puenteáreas.

(27) Municipio de la provincia de Pontevedra.

(28) El mejorado tiene, además, la curiosa obligación de dejar que los hermanos que con él vivan críen un cerdo o una ternera mantenidos con las hierbas de la casa.

(29) Debemos la noticia de esta fórmula al Notario de La Coruña D. Juan F. Royo.

(30) *La compañía familiar gallega*, La Coruña, 1898, pág. 45.

MOUTON, op. y loc. cit., refiere la costumbre a algunas localidades de la provincia de Lugo, y más principalmente a Carballo.

(31) Op. cit., pág. 113.

(32) "Ha venido sentándose como tópico, sin duda porque hay más afición a copiar y rapsodiar que a hacer investigaciones propias, que tal institución sólo se conocía en tierras de Bergantiños, Lalín, Cotovad y otros pueblos, cuando lo cierto es que en toda la región existe el hecho, diferenciándose solamente en que en unas partes la designación se hace por capitulaciones matrimoniales y en otras

V. Rentas en saco en lugar de la legítima

Cuando hablamos de rentas en saco, llamadas también rentas *sisas* o foros frumentarios, conviene separarlas en dos grupos, pues mientras unas constituyen verdaderos censos frumentarios (33), las otras representan derechos legitimarios, sea que las hayan recibido las hijas al contraer matrimonio, sea que provengan del ejercicio del derecho de labrar y poseer, o del cumplimiento de los foros de pacto y providencia, o sea que alguno o algunos de los coherederos hayan convenido en abstenerse de participar en los inmuebles de la herencia a cambio de una pensión de ese género (34).

De las rentas en saco a cambio de la legítima ordenadas por el testador, puede decirse con AGUILERA Y ARJONA (35) que burlan el Código civil y mantienen en la práctica la libertad de testar, conservando el patrimonio en manos del petrucio.

En ellas se da el supuesto que describe AGUILAR Y GARCÍA: un heredero hace suyos los bienes que corresponden al coheredero en pago de su legítima, constituyéndose en él la obligación de entregar el capital que equivale al valor de los dichos bienes, según fueron apreciados en las operaciones particionales; pero el capital no lo entrega, sino que lo *impone* sobre los mismos bienes que por este medio adquirió, o sobre otros de su propiedad, y de aquí procede la renta (36).

Discutida en algún tiempo la naturaleza de estas rentas, en las que se veía una manifestación del foro, los autores modernos las clasifican entre los censos. GUSTAVO LA IGLESIA entiende que son verdaderos censos consignativos (37). PÉREZ PORTO afirma que en muchos casos guar-

por testamento, pero coincidiendo siempre en lo esencial" (GARCÍA RAMOS, *Estilos*, pág. 42).

(33) En su origen, aparecen como un medio hábil de eludir las leyes recopiladas que redujeron a bajo precio el interés de los censos consignativos y prohibieron constituir pensiones en especie. El propietario que necesitaba dinero, transmitía su finca al prestamista, y éste se la devolvía en concepto de foro, reservándose el derecho a una pensión en frutos (pan, aceite, vino, leña tocino, gallinas, trigo, etc.). Se llamaron foros frumentarios, porque lo eran en apariencia, y rentas en saco, porque el perceptor las recogía así en el domicilio del pagador. En realidad, eran un foro simulado y un censo consignativo disimulado. Ya antes del Código civil proclamó su validez el Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de septiembre de 1860. Hoy son válidos por la libertad de pacto, en lo que no contravengan a la ley de usura de 1908. Las anteriores son redimibles según el Real Decreto de 25 de junio de 1926.

(34) PÉREZ PORTO, *Memoria*, pág. 72.

(35) Galicia.—*Derecho consuetudinario*, Madrid, 1916, pág. 23.

(36) AGUILAR Y GARCÍA, *El contrato y el derecho real de foro*, Madrid, 1911, pág. 135. Advierte CASTÁN que la finalidad a que tienden estas rentas, que no es otra que la de mantener la indivisión del patrimonio, se obtiene en otras regiones españolas por el medio menos complicado de pagar el heredero una dote o cantidad a los legitimarios, sin gravar el patrimonio con pensión alguna (*Derecho civil foral*, 2.ª ed., Madrid, 1932, pág. 250).

(37) *Derecho foral español*, Madrid, 1903, pág. 654, nota 1.

dan la mayor analogía con el censo reservativo (38). Y AGUILAR Y GARCÍA puntualiza que hay en ellas un censo reservativo, al sujetar a pago de pensión los bienes que cedió el censalista, y un censo consignativo, al imponer sobre una heredad el capital equivalente a la legítima y representado por la pensión; pero lo que en ninguna manera aparece en ellas es el foro (39).

Adviértase que, en todo caso, representan para el legitimario un crédito garantizado por medio del censo y reintegrable a voluntad del mejorado, ya que pueden redimirse en todo momento al amparo de los artículos 1.658 y 1.662 del Código civil (40).

VI. Formas de la mejora

La mejora de labrar y poseer se constituye—como indica MOUTÓN OCAMPO—de dos formas: o cuando el padre no puede materialmente continuar en la dirección de los negocios de la casa familiar, por razón de edad o enfermedad, o en el acto de contraer matrimonio el hijo mejorado; en uno y otro caso, el descendiente heredero conserva a la muerte de su padre íntegramente las propiedades de sus mayores, que procurará aumentar, tanto por su propio interés cuanto por las atenciones que debe a sus hermanos (41).

Lo ordinario es que la mejora se ordene en testamento, y entonces se acostumbra a señalar los bienes por que ha de comenzar a percibirse la mejora, que suelen ser, como antes dijimos, la casa petrucial, con sus dependencias, asiento, bienes muebles, semovientes y determinadas fincas, que, naturalmente, en el caso de que ello pertenezca a los cónyuges, lo completan disponiendo en sus testamentos de su respectiva participación (42).

La institución de este tipo ofrece las ventajas que le otorga el artículo 829 del Código civil, pues si el valor de la mejora excede del tercio destinado a ella y de la parte de la legítima correspondiente al

(38) *Memoria*, pág. 78.—De igual opinión es HERVELLA, *Las comunidades familiares*, pág. 125.

(39) *Op. cit.*, pág. 135.

(40) Y esto aún antes del Código civil. Vid. BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho foral español*, II, Castellón, 1912, pág. 278.

(41) *Op. cit.*, II, pág. 242.

(42) Es de carácter general y frecuentísimo que otorguen los cónyuges testamento en el mismo día, y que tengan la creencia de que es posible otorgarlo en un solo documento, extrañándoles que ésto no pueda ser así. Este hecho tan frecuente y esta creencia casi popular podría servir de base como me indicaba el Notario de El Ferrol D. Rafael López de Haro, para apoyar la admisión en Galicia del testamento mancomunado. A veces se lamenta en la región la imposibilidad legal de tal testamento, por el que se llevaría a efecto mucho mejor la voluntad de los testadores, pues con los testamentos separados se llega casi a la desheredación total de algunos hijos por uno de los cónyuges cuando recibe su herencia en bienes del otro cónyuge. Es de advertir que sólo un 4 por 100 de los paisanos hace testamento separadamente, y en estos casos es cuando no se lleva bien el matrimonio.

mejorado, queda éste facultado para abonar la diferencia en metálico a los demás herederos.

Pero por el carácter revocable del testamento deja sin garantía al mismo mejorado, como se ve en el siguiente caso, que nos relataba el Notario de Corcubión don Rafael García Hernández. Una viuda mejora a su hijo A, al que buscó esposa y tenía viviendo en la casa, donde continuó por espacio de treinta años; el mejorado y su esposa consagraron su vida al trabajo de las tierras de su madre, hasta que llegaron las querellas de suegra y nuera, cuando aquélla pasaba de los ochenta y cinco años. Quejosa la suegra, marcha a casa de su hija B, casada mucho antes y con hombre de posición, con el que formó su casa de labradores, independientemente de la de su madre. Esta revoca la mejora que hiciera treinta años antes, y en el testamento mejora a su hija B. Un mes después muere la madre: A queda en la pobreza, viendo cómo los bienes a que dedicó su vida son heredados por su hermana B, que casó bien y se hizo un porvenir independientemente. Todas las reclamaciones de A se presentan confusas e inseguras, pues la sociedad familiar gallega carece de ambiente en Corcubión.

Por eso, a veces se acude a la donación inter vivos a título de mejora, pensando que puede ser el único remedio para poner a los hijos al resguardo de la probada veleidad paterna. Solución que suele aconsejarse también, porque así se suaviza mucho la falta de titulación auténtica en esas comarcas, pues un testamento no supone nada en este sentido y una donación equivale, en todo o en parte, a una partición en documento público, a la que rara vez se acude (43).

Con todo, y aun en el caso de entregar ya en vida los bienes al donatario, el peligro de revocación no desaparece, si se interpreta el artículo 827 del Código civil en el sentido de que permite privar a la donación de su carácter de mejora, convirtiéndola en donación común, imputable, por tanto, al tercio de legítima estricta y al de libre disposición, pero no al de mejora (44).

Mejor solución es otorgar la mejora en capitulaciones matrimoniales, del modo que se practica en Asturias, como se ve en la siguiente cláusula de las capitulaciones otorgadas por los labradores de Fontaniella Manuel Menéndez Meras y su esposa María Díez Menéndez con su hija Oliva:

“Don M. M. M. y doña M. D. M., en atención al proyectado matrimonio, mejoran a su hija la doña Oliva Menéndez Díaz con la tercera parte de todos los bienes, derechos y acciones que cada uno de ellos tiene en la actualidad. Dichas mejoras de presente surten sus

(43) En algún punto, sin embargo, como en Villalba, según testimonio del Notario de dicho distrito, D. Demetrio Méndez, es corriente la partición de la herencia otorgada en el mismo testamento, o en contrato celebrado por los cónyuges, los cuales en el mismo día otorgan testamento aprobando la partición de la herencia hecho en documento protocolado.

(44) FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, págs. 136 y siguientes, y *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946, págs. 24 y siguientes.

efectos desde ahora como donación inter vivos, pero quedan subordinadas a la condición de que la mejorada ha de vivir en unión y compañía de los mejorantes, y de no cumplir doña Oliva la anterior condición, las mejoras quedarán sin efecto" (45).

Garantizados los padres por el juego de la condición resolutoria, lo queda también el mejorado por la irrevocabilidad de la mejora otorgada en capitulaciones matrimoniales (artículo 827, C. c.). Pero como en Galicia se desconocen casi en absoluto las capitulaciones matrimoniales, los hijos tratan de evitar la revocabilidad de las mejoras testamentarias, forzando a sus padres a que se las otorguen por medio de compraventas simuladas, que encubren verdadera donación, procedimiento indirecto no exento de riesgos para los padres e incluso para los mismos hijos.

GARCÍA RAMOS nos dice que algunas veces los padres hacen venta ficticia a favor del electo petrucio de la porción de bienes equivalentes a la mejora, reservándose el usufructo o imponiendo al comprador la obligación de tener a los vendedores en su compañía, alimentarlos, vestirlos, asistirlos en sus enfermedades y funerarlos (46).

En ocasiones, se llega más lejos todavía. LEZÓN nos habla de la costumbre, muy generalizada entre las familias rurales, por virtud de la cual el padre, una vez llegado a la decrepitud, cuando comienza a rendirse al peso de los años y a imposibilitarse para las faenas del campo y para la gestión de los negocios e intereses de su familia, otorga una donación inter vivos de todo su caudal a favor de sus hijos, con la obligación por parte de éstos de contribuir con una módica pensión o congrua, que no gravita como carga real sobre los bienes inmuebles así transmitidos, sino que ostenta el carácter de una obligación meramente personal, quedando, por ende, sin eficaces garantías su cumplimiento y fiado tan sólo a la buena fe y al cariño de los descendientes (47).

En los casos de emigración principalmente, se acude a la compraventa simulada, como sanción al olvido de la familia por parte del emigrado, y premio al trabajo para la casa al que queda. Siempre se efectúa por medio de venta por documento privado, y esto después de hacer testamento, en cuyo otorgamiento se les ha informado de la imposibilidad de desheredar por ese solo hecho. En alguno de esos contratos privados de compraventa se impone al comprador la condición de alimentar y asistir al vendedor y costear sus funerales, sancionando con la revocación de la venta para el caso de incumplimiento; en alguno se llegó a hacer constar que la venta comprendía, además de inmuebles, "los muebles que existiesen en la habitación del vendedor en el momento del fallecimiento de éste".

Estas donaciones encubiertas no ofrecen en verdad ninguna garan-

(45) Debemos la noticia al profesor de la Universidad de Oviedo D. Rafael Fernández Martínez.

(46) Op. cit., pág. 43.

(47) Op. cit., pág. 113.

tía para el descendiente favorecido, por cuanto, realizadas con objeto de burlar los derechos legitimarios de los demás herederos forzosos del otorgante, rebasan el área de los contratos simulados y penetran en el campo de los negocios ilícitos, con lo que adquieren el carácter de absolutamente nulas, según ha declarado terminantemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de abril de 1946, siguiendo el criterio que ya habían apuntado las de 28 de octubre de 1897, 12 de noviembre de 1920 y 19 de mayo de 1932 (48).

VII. Instituciones afines

Para apreciar el valor de la mejora de labrar y poseer y las razones que nos mueven a defender la subsistencia de esta institución tal como se practica en las costumbres gallegas, nada mejor que señalar sus afinidades con otras instituciones, que se citan con elogio, de países extranjeros y de otras regiones forales españolas.

Aludiremos, en primer término, al *Anerbenrecht* germánico, *homestead* norteamericano, asilo de familia suizo, *bien de famille* francés (49), y a ciertas reglas dictadas por diversos países para salvaguardar los pequeños patrimonios campesinos de los perjuicios de la excesiva parcelación provocada por el sistema igualitario de partición entre los descendientes.

En Alemania tuvo gran aplicación el *Anerbenrecht*, ideado por STEIN (1807), partiendo de costumbres de antiguo vividas en varias regiones (50), y extendido a diversos estados alemanes con leyes y modalidades diferentes (51). La institución, conocida también bajo el nombre de *Höferecht*, ofrecía como única especialidad asegurar la

(48) AGUILERA Y ARJONA, op. cit., pág. 28, afirma que esas ventas simuladas de todos los bienes en favor del petrucio burlan en parte el sistema de legítimas. Sobre su nulidad, vid. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en "Anuario de Derecho civil". I, 1948, págs. 51 y sigs.

(49) Entre nosotros, han dado noticias sobre las instituciones extranjeras protectoras del patrimonio familiar CORDOVA DEL OLMO, *El patrimonio familiar inembargable*, Valladolid, 1922; IGNACIO SERRANO, *El Fuero del Trabajo.—Doctrina y comentario*, Valladolid, 1939, págs. 260 y s., y ENRIQUE ANTÓN CANO, *El patrimonio familiar agrícola*, Murcia, 1945, págs. 24 y s.

(50) Sobre la evolución del Derecho agrario alemán: HEDEMANN, *Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, II, *Das Bodenrecht*, vol. I y 2, 1930 y 1935; STOLL, *Deutsches Bauernrecht*, Tübingen, 1938, págs. 15 y s.; WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburgo, 1928, págs. 13 y s., y MOLITOR, *La legislazione agraria prussiana e tedesca ed in particolare la legge sul fondo ereditario*, en "Rivista di Diritto Agrario", XIV, 1935, págs. 525 y s.

(51) Vid. BAERNREITHER, *Das Stammgüter-system und das Anerbenrecht*, 1882; MIASKOWSKI, *Das Erbrecht und die Brundeigentumsvertheilung im Deutschen Reich*, 1882-1884; FROMMHOLD, *Die rechtliche Natur des Anerbenrechts*, 1886; BRENTANO, *Anerbenrecht und Grundeigentum*, 1895; FROMMHOLD, *Deutsches Anerbenrecht*, 1896; DULTZIG, *Das Deutsche Grunderbrecht*, 1899; y el artículo *Höferecht*, publicado en la "Enciclopedia jurídica Española", XVIII, páginas 253 y s.

transmisión de los bienes del campesino en favor de uno solo de sus herederos, que por eso era llamado *Anerbe*, pero sin alcanzarle las ideas de inalienabilidad e inembargabilidad.

El fundo se atribuye íntegramente al *Anerbe*, con sus accesorios. ganado, instrumentos de labranza, frutos recogidos, mobiliario de la casa, etc., y a sus hermanos y hermanas corresponde una legítima (*Bruder und Schwestertaxe*) moderada por la Ley, de modo que aquél pueda fácilmente soportar esta carga sin gravarse con deudas excesivas. En virtud del privilegio que se otorga al *Anerbe*, le alcanza una porción mayor del fundo, y es el legítimo administrador del mismo, hasta que pague las cuotas a los coherederos (52), los cuales pueden permanecer en el fundo en tanto no se les pague. Los menores permanecen hasta su mayoría de edad, y el *Anerbe* es usufructuario de sus cuotas. Al cónyuge supérstite se le asegura una posición equitativa.

Aunque se discute sobre el origen de la institución (53), la doctrina dominante la hace derivar de la indivisibilidad impuesta antiguamente para proteger los intereses de los señores feudales, que exigían en los contratos de arrendamiento y otros semejantes otorgados con los campesinos que los bienes pasaran a uno solo de los hijos del arrendatario o colono.

El movimiento de defensa y extensión del *Anerbenrecht* fué favorecido por las asociaciones de campesinos, que se multiplicaron en Alemania durante el siglo XIX, desde la fundación, en 1862, de la famosa *Westphalischer Bauern-verein*, creada y presidida por el célebre Barón de Schorlemer-Alst. Estas asociaciones, de carácter católico en su mayoría, tenían por fin la protección de la propiedad rural. Su labor fué acogida con gran simpatía por los católicos de otros países (54).

La Ley de introducción al Código civil alemán dispuso en su artículo 64 que no se alterarían las disposiciones de las Leyes locales relativas al *Anerbenrecht*. Pero estas Leyes fueron derogadas por la de 29 de septiembre de 1933 sobre fundos hereditarios (*Reichserbhofgesetz*) (55).

Por virtud de esta Ley, que recoge en esencia la vieja costumbre sucesoria alemana, la institución recibe, en algún aspecto, nuevos perfiles (56). Así, el fundo agrícola es, en principio, inalienable e inembargable (§§ 37, 38, 39 y 59).

(52) Las leyes de 8 de junio de 1896 y 2 de julio de 1898 establecieron en ciertas regiones—Posen, Westfalia y algunos distritos renanos—que el valor del fundo se calcularía capitalizando al 4 por 100 las rentas que produjera, y que los demás herederos sólo podrían exigir al *Anerbe* sus cuotas en rentas pagaderas en metálico, para evitarle la situación comprometida en que podría encontrarse si tuviera que pagar el capital.

(53) Equivocadamente, le atribuye origen democrático Süss, *Le homestead*, Genève, 1905, pág. 38.

(54) ROGUIN, *Traité de Droit Civil Comparé, Les successions*, II, París, 1908, págs. 20 y 23.

(55) El texto completo de la ley puede verse en "Annuaire International de Legislation Agricole", XIII, Roma, 1934, págs. 955 y s.

(56) Vid. WÖHRMANN, *Das Reichserbhofrecht*, 2.^a ed., Berlín, 1934; SCHAFF,

A tenor de lo establecido en los §§ 19 y siguientes, el fundo hereditario se sujeta a un ordenamiento sucesorio especial, indispensable para lograr la indivisibilidad y la atribución exclusiva del fundo cuando existen varios herederos de igual derecho según el Código civil. El citado ordenamiento sustituye por entero la sucesión legal y testamentaria del Código civil, que ni siquiera entra en juego cuando se agota el ordenamiento sucesorio especial del § 20 de la Ley, comprensivo sólo de la primera parentela. Entonces, según el § 25, la designación del *Anerbe* se realiza por disposición del *Bauer* y, en su defecto, por el jefe de los campesinos. El *Bauer* puede también, en todo caso, realizar por sí la designación si ello era costumbre en la región al entrar en vigor la Ley.

El de cuius puede disponer que la administración y el usufructo del fundo recaiga en el padre o en la madre del *Anerbe*, más allá, incluso, de su mayoría de edad, pero sólo hasta que aquél alcance los veinticinco años (§ 26).

Los demás descendientes del de cuius reciben alimentos y educación apropiada en la casa, mientras son coherederos o causahabientes, hasta su mayoría de edad. Deben recibir también formación profesional correspondiente a la situación de la casa. Al emanciparse—y si se trata de mujeres, al contraer matrimonio—el *Anerbe* ha de entregarles un peculio, si lo permiten los medios de la casa, peculio que puede también consistir en facilitarles lo suficiente para que obtengan un fundo de colonización (*Sidlerstelle*). Si caen en la pobreza sin culpa suya, pueden, incluso en momento posterior, encontrar refugio en la casa a cambio de prestar un trabajo adecuado (refugio en el hogar familiar) (57). Este derecho corresponde también al padre y a la madre del de cuius cuando son coherederos o causahabientes (§ 30).

Caracteres distintos presenta el *homestead* norteamericano (58), establecido en Texas por la Ley de 26 de enero de 1839 (59) y exten-

Das Reichserbhofrecht, Berlín, 1934; GÜLAND, *Das Reichserbhofrecht*, Berlín, 1935, e ISELE, *Familie und Familienerbe*, Tübingen, 1938.

Una buena síntesis de la ley alemana y de sus antecedentes puede leerse en THALHEIM, *Política agraria*, trad. esp., Barcelona, 1939, págs. 26 y s. Cfr. también HOPP, *El Derecho alemán de las fincas vinculadas*, en "Información Jurídica", núm. 16 y 17, 1942, págs. 21 y s.

(57) Vid. BUROHOFF, *Die Heimatzuflucht nach dem Reichserbhofgesetz*, 1934.

(58) Vid. WAPLES, *A treatise on Homestead and exception*, Chicago, 1893; SANTAGELLO SPOTO, *La legislazione civile e i beni di famiglia in rapporto all'homestead ed al hofrecht*, Caserta, 1894; SALEILLES, *Le homestead aux Etats Unis*, París, 1895; BUREAU, *Le homestead*, París, 1895; URTOLLER, *La piccola proprietà in rapporto al miglioramento dello stato dei coltivatori e l'homestead*, Bologna, 1895; CORNIQUET, *L'insaisissabilité du foyer de famille aux Etats Unis*, París, 1894; SUSS, *Le homestead ou bien de famille*, Genève, 1905. Vid. también ADOLFO A. BUYLLA, *El homestead*, en "La Administración", II, 3.ª época, págs. 474 y siguientes; *Homestead*, en "Enciclopedia Jurídica Española", XVIII, págs. 265 y siguientes, y MUÑOZ MORALES, *Apuntes sobre el derecho de "homestead"*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", sept.-oct. 1934.

(59) Nos referimos al *homestead* de los Estados particulares, pues con el mismo nombre se conoce una institución federal por la que todo ciudadano nor-

dido por numerosas Leyes posteriores a otros Estados de la Unión Americana del Norte e incluso a países de América del Sur (60). Su misma terminología indica la finalidad de la institución (*Home* = casa, hogar, y *stead* = lugar). Por virtud del privilegio de relativa inembargabilidad y de inalienabilidad condicional, la casa habitada por la familia, con la tierra que le circunda (61), pierde su carácter de propiedad individual y se convierte en propiedad colectiva de la familia. El padre no puede enajenarla ni hipotecarla sin el consentimiento del cónyuge y de los hijos mayores. Salvo excepciones, no puede ser ejecutada por los acreedores. De tal modo la familia campesina cuenta con un refugio intangible en caso de reveses que obliguen a enajenar el resto del patrimonio. Con la muerte del padre, no se abre la sucesión. Permanece indiviso para la familia restante (62). Los hijos gozan del privilegio del "homestead" hasta su mayoría de edad, y la viuda en todo caso. Al cesar el privilegio, no se aplica la idea de transmisión íntegra del fundo, pues el inmueble se divide entre los hijos según las normas del Derecho común de sucesiones.

El Código civil suizo regula en líneas generales los asilos de familia (*Heimstätte*), cuya fundación permite a los cantones (arts. 349 y siguientes). El asilo comprende un fundo agrícola o industrial, o una casa con sus accesorios, inalienable e inembargable, y que debe ser explotado directamente o habitado por el propietario o su familia, con la peculiaridad de que, en caso de insolvencia, se somete el inmueble a la administración de un "gerente", que, respetando su destino, procura amparar a los acreedores en sus intereses. La autoridad puede obligar al propietario a dar asilo a sus parientes en línea recta, y a sus hermanos y hermanas cuando lo necesiten si no se han hecho indignos de tal protección.

Por otra parte, el mismo Código establece la sucesión íntegra de la hacienda agrícola, cuando constituye una unidad económica, por el valor correspondiente a su renta, en favor de aquel de los herederos que

teamericano que desee fundar un establecimiento familiar tiene derecho a una extensión determinada de tierra.

(60) Así, el "hogar doméstico" que regula el Código venezolano de 1904, y el "bien de familia" a que se refieren los arts. 70 a 73 del Código civil brasileño. Cfr. ALVES, *Código civil*, Río de Janeiro, 1927, pág. 70.

(61) Pero no los instrumentos de trabajo.

(62) En cierto sentido se asemeja a la institución de la *zadruga*, que constituye un tipo de propiedad familiar colectiva, pero más amplia en su objeto y mucho más influida por la idea de vinculación. Vid. PEISKER, *Die serbische Zadruga*, en "Zeitschrift für Sozial-und Wirtschaftsgeschichte", VII, 1900; NOVAKOVIC, *De la communauté familiale. La Zadruga*, París, 1905; PÉRITCH, *Opposition between communism and bourgeois democracy as typified in the serbian zadruga family*, en "Illinois Law Review", Chicago, 1922; IVSIC, *Les problèmes agraires en Yougoslavie*, París, 1926; PÉRITCH, *Istituti del Diritto civile jugoslavo relativi alla materia agraria*, en "Rivista di Diritto Agrario", XI, 1932, páginas 473 y s.; ZDENKO VINSKI, *Die südslavische Grossfamilie in ihrer Beziehung zum asiatischen Grossraum*, Zagreb, 1938, y SICARD, *La zadruga sudslave dans l'évolution du groupe domestique*, París, 1943.

esté en condiciones de recibirlo y así lo solicite. Es de notar la facultad atribuida al adjudicatario por el artículo 624 de pagar la cuota de los coherederos, en ciertas circunstancias, por medio de "lettres de rente successorales" exigibles en el plazo de diez años, lo que le permite extraer del inmueble los medios necesarios para saldar dicha deuda (63).

El *bien de famille* se introduce en Francia por la Ley de 12 de julio de 1909, modificada por las de 14 de marzo de 1928 y 22 de febrero de 1931. Son inembargables tanto el bien familiar como sus frutos, salvo por los créditos anteriores a su constitución y por otros posteriores, como, por ejemplo, los de alimentos. Puede comprender una casa o porción de ella, o una casa y las tierras colindantes o vecinas, o una casa con tiendas y utensilios, ocupadas o explotadas por una familia de artesanos. El valor de dicho bien, comprendidos todos sus anejos, no puede sobrepasar de 40.000 francos (64).

El principio del pago de la reserva hereditaria "in natura" acogido por el Código civil francés (65) es modificado, para las pequeñas haciendas agrícolas, por dos disposiciones de 1938.

La Ley de 7 de febrero de 1938 remoja la división del ascendiente (*partage d'ascendants*), mediante la cual el de cuius puede transmitir íntegramente—por donación o testamento—la explotación agrícola en favor de uno de sus descendientes. Los demás reservatarios sólo pueden exigir una indemnización en metálico (66).

Pero con esto no se resolvía el problema en los casos en que el ascendiente no hubiera ordenado su sucesión. El D. L. de 17 de junio del mismo año dispuso que pudiera atribuirse toda la explotación agrícola "que constituya una unidad económica", si así lo solicitan, al cónyuge o a un heredero copropietarios, siempre que residan en el lugar de la explotación al morir el causante y que, además, dirijan las labores o participen en el cultivo de la tierra. Permite, también, oponerse a la partición mientras exista un menor, lo que autoriza a la viuda a continuar viviendo en el lugar de residencia del matrimonio hasta la mayoría de edad de los hijos (67).

(63) Vid. CHENON, *De la transmission integrale des exploitations agricoles ou industrielles dans le droit suisse*, París, 1902; SALEILLES, *La partage et la transmission integrale dans le code civil suisse*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil" VIII, 1909 págs. 537 y s., y BOREL, *Le Droit successorale paysanne du Code civil suisse*, Brugg 1926.

(64) Vid. POGNY, *Le bien de famille en France*, París, 1900; DUCÉ DU BROCOURT, *Origines de la conception française du bien de famille*, París, 1903; PRANARD ET MANGOT, *Le bien de famille insaisissable*, París, 1910; MEUNIER, *La maison et le bien familial*, París, 1926, y VOIRIN, *Les caracteristiques essentielles de la législation agricole en France*, en "Rivista di Diritto Agrario", XI, 1932, pág. 184.

(65) Vid. WEIL, *Le droit des héritiers à leur réserve en nature*, París, 1934, y JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, París, 1929.

(66) Cfr. VOIRIN, *Commentaire de la loi du 7 février 1938*, en "Les lois Nouvelles", 1938, pág. 35.

(67) Cfr. CHAVEAU, *Commentaire du Décret-loi du 17 juin 1928*, en "Journaux des Notaires et des Avocats" 1938 art. 39, 866 y VOIRIN, *Commentaire du Décret-loi du 17 juin 1938*, en "Les lois Nouvelles", 1938, págs. 318 y s.

En Italia, donde se hicieron esfuerzos, sin resultado, antes de la guerra europea, para introducir el "bien de familia" (68), se crea en el nuevo Código civil la institución del "patrimonio familiar", que ofrece a nuestro objeto poco interés (69).

En la misma dirección de los ordenamientos a que nos hemos referido anteriormente, se encuentra la Ley italiana de 3 de junio de 1940: dictada sólo para los fundos asignados a los labradores por la vía de la colonización interior, significa, aunque tímidamente, un estimable esfuerzo para lograr la indivisibilidad de los fundos que se consideran como unidades de cultivo (70).

Pero, sobre todo, ofrecen interés las propuestas para evitar el gravamen que representa para el adjudicatario del fundo el pago inmediato a los coherederos del valor de su cuota.

La Comisión de la Asamblea Legislativa, al informar sobre el proyecto de Código civil (Libro de las sucesiones y donaciones) sugirió la siguiente medida:

Estas disposiciones recibieron mayor alcance por las leyes del Mariscal Petain: una de 20 de julio de 1940, que eleva a 400.000 francos el límite máximo de las haciendas protegidas, y otra de 15 de enero de 1943, que acepta como módulo la unidad económica que permite vivir a una familia de agricultores con uno o dos criados.

La ley belga de 16 de mayo de 1900, sobre el régimen sucesorio de las pequeñas herencias, dispone que cuando se trata de un pequeño inmueble dedicado a vivienda, o de una pequeña propiedad rural, el cónyuge superviviente copropietario o los herederos en línea recta, pueden quedarse con el mismo, previa su estimación, e indemnizando a los otros copropietarios.—Vid. PIRET, *El régimen sucesorio belga*, en "Revista de Derecho Privado", XXXII, 1948, pág. 546.

En Alsacia-Lorena, el art. 73 de la ley de 1 de julio de 1924 autorizó la transmisión íntegra de la explotación rural industrial o comercial en favor de uno solo de los herederos en línea recta del difunto. Si su valor excediere de la cuota disponible, los reservatarios tienen sólo un derecho de crédito. Vid. BLASS, *De la transmission héréditaire intégrale d'une exploitation en Alsace-Lorraine*, Paris, 1927, y ALMERAS, *La transmission du patrimoine des parents a leurs enfants dans les familles rurales loseriennes*, Montpellier, 1934.

En el mismo sentido, el Código civil rumano de 8 de noviembre de 1939, con reglas especiales sobre la sucesión en la hacienda agraria, contenida en los artículos 811 y 813.

Sobre ordenamientos de otros países para asegurar la indivisión sucesoria de las pequeñas explotaciones agrícolas, WAUTERS, *La reforma agraria en Europa*: tradf. esp., Madrid, 1931, págs. 115 y s.

(68) Vid. sobre estos proyectos: LUZZATTI, *La tutela económica, giuridica e sociale della piccola proprietà*, Roma, 1913, y NEPPI-MODONA, *Il bene di famiglia insequestrabile e la piccola proprietà rustica*, Firenze, 1912.

(69) Sobre los caracteres que le distinguen de otras instituciones protectoras del patrimonio familiar, vid. CARRARA, *Gli sviluppi degli istituti giuridici interessanti l'agricoltura nella attività legislativa dei vari paesi nell'anno 1939*, en "Rivista di Diritto Agrario", XIX, 1940, págs. 229 y s. Cfr. también MONET, *El nuevo libro I del Código civil italiano*, en "Revista de Derecho Privado", XXIV, 1940, págs. 5 y s.

(70) Vid. D'AMELIO, *La piccola unità colturale indivisibile*, en "Rivista di Diritto Agrario", XX, págs. 1 y s.; TAMBORLINI, *La indivisibilità delle unità colturali*, en R. D. A., 1941, págs. 43 y s. y BASSANELLI, *Il problema della tutela giuridica della minima unità fondiaria*, en la misma Revista, 1941, pág. 245 y siguientes.

“Constitución de enfiteusis en lugar de reembolsos.—Con el consentimiento de los coherederos que, incluido el beneficiario, representen la mayoría de las cuotas hereditarias, o si circunstancias particulares hacen inaplicable o perjudicial el sistema de reembolso, la autoridad judicial puede ordenar que el fundo se constituya en enfiteusis a favor del beneficiario, fijando el canon de la enfiteusis, las modalidades del reparto del mismo entre los coherederos, y cualquiera otra condición o cláusula oportunas. Se aplicarán las disposiciones sobre la enfiteusis.”

Y el *Osservatorio Italiano di Diritto Agrario* (febrero de 1939), al estudiar el régimen jurídico de las unidades de cultivo de los entes de colonización, propuso que la autoridad judicial pudiera ordenar la atribución de la unidad de cultivo a dos o más de los coherederos, para que éstos la explotaran en común. Los demás coherederos, a no ser que existieran en la herencia otros bienes, muebles o inmuebles, con los cuales pudieran pagarse en todo o en parte sus cuotas, y salvo la facultad del beneficiario o beneficiarios de satisfacerlas en dinero, no pueden pretender que se les pague íntegramente antes de un plazo de diez años. Durante este tiempo el beneficiario tiene, en todo caso, la obligación de dar a los coherederos la cuota de la renta anual media correspondiente a la respectiva cuota hereditaria no satisfecha. Y en el artículo 5.º de su proyecto decía: “Pueden los coherederos establecer que la unidad de cultivo se atribuya al heredero elegido a título de enfiteusis. En caso de desacuerdo entre los coherederos, y siempre que exista acuerdo entre aquellos que, incluido el beneficiario, representen la mayoría de las cuotas hereditarias, decide la autoridad judicial, la cual fijará el canon de la enfiteusis, la modalidad del reparto del canon entre los coherederos y cualquiera otra condición o cláusula oportuna. Son aplicables las disposiciones sobre la enfiteusis” (71).

Si nos fijamos en los Derechos forales, también podremos comprobar notables analogías en muchas de sus instituciones con la mejora de labrar y poseer.

Bien ha podido recordar recientemente GARCÍA GRANERO que lo que en Cataluña y Aragón es el heredamiento, y en Navarra y Vizcaya la donación *propter nuptias*, en Galicia lo es el petrucio (72).

No había señalado ALONSO MARTÍNEZ que en Guipúzcoa, Aragón, Navarra y Cataluña se conserva y perpetúa del mismo modo y por idénticos procedimientos la familia, y con ella la unidad agrícola, la cual no se disgrega y se fracciona a pesar de la legítima y de las peticiones que tanto preocupan y tal espanto ponen en el ánimo de los jurisconsultos forales. El propietario guipuzcoano, por lo regular, organiza la familia al casar a su hijo mayor, ni más ni menos que el aragonés y el navarro; pero hágalo por este contrato o en testamento, es

(71) Cfr. D'AMELIO, loc. cit., págs. 6 y s.

(72) *Cotitularidad y comunidad "Gesammte Hand" o comunidad en mano común*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XXII, 1946, pág. 518.—La analogía entre la mejora gallega y el heredamiento ha sido expresamente señalada por GARCÍA RAMOS *Estilos*, pág. 44, y MOUTON OCAMPO, op. cit., pág. 241.

lo cierto que designa siempre al *hereu*, a su sucesor en el caserío, al poseedor de esta unidad agrícola, que siempre se conserva entera y sin la menor desmembración (73). Para ello dispone las cosas de modo que pueda pagarse la legítima en dinero a sus otros hijos; y si hay algún díscolo que se opone a estas combinaciones de familia, usa de la facultad de mejorar al heredero del caserío en el tercio y quinto y hace las particiones por sí mismo. El hecho aparentemente anómalo de la uniformidad de la vida civil bajo el imperio de legislaciones antitéticas, concluye ALONSO MARTÍNEZ, encierra una gran enseñanza: la de que las costumbres influyen en la sociedad mucho más poderosamente que las leyes. Pero pronto veremos, al querer encontrar fórmulas respetuosas con el Código civil para dar cauce a todas las exigencias de la mejora gallega, que no siempre las leyes se hacen cargo de los matices que la realidad brinda a través del ajustado ropaje del Derecho consuetudinario (74).

Digamos, por último, que son los propios foralistas de otras regiones quienes advierten las semejanzas entre el heredamiento y las instituciones extranjeras antes señaladas (75).

(73) La elección del hijo para casa, nos dice LEAL RAMOS, es una costumbre arraigadísima en el hogar rural guipuzcoano, por cuya virtud el padre o la madre en sus testamentos o en el contrato matrimonial eligen al hijo que consideran más apto para seguir la labranza del caserío, que aunque lo llevan en arrendamiento, suelen sucederse en él distintas generaciones, y a ese hijo le hacen donación del caserío o lo declaran heredero; a los demás hijos, si existen otros bienes independientes del caserío y del ganado, les dejan esos bienes; de lo contrario, disponen que el "hijo señalado para la casa" les pase algún tanto o nada, según las circunstancias. A esta particularidad se debe, principalmente, el que no exista el problema de la tierra en Guipúzcoa, por hallarse equitativamente repartida, hasta el punto de que el mayor terrateniente de la provincia apenas si llega a pagar más de tres mil pesetas de contribución territorial por sus caseríos. (*Factores jurídicos y sociales del problema agrario*, en el volumen "Problemas agrarios de España. VIII curso de las Semanas Sociales de España", Madrid, 1936, página 122.)

(74) El fenómeno señalado por ALONSO MARTÍNEZ no reside justamente en la semejanza de las instituciones jurídicas agrarias, sino más bien en la conveniencia de que las leyes, al ordenarlas, recojan fielmente las costumbres que sí ofrecen gran parecido en tiempos y lugares diferentes, por responder siempre a intereses y necesidades permanentes.

Por eso ha podido decir PRIETO BANCES, en un sugestivo estudio sobre la casería asturiana, que ésta es "en cierto modo, la *hufe*, la *hide*, el *boal*, y, como ellos, corresponde a un tipo milenario de civilización agrícola" (*La casería asturiana*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XVII, 1941, pág. 731).

(75) MARTÍN-BALLESTEROS hace un parangón entre la "casa aragonesa", el *homestead* norteamericano el patrimonio hereditario alemán regulado por la ley de 1933 y el patrimonio familiar del nuevo Código civil italiano, en su obra *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, págs. 148 y s.—Por su parte, PALA MEDIANO, escribe: "la lectura de la *Reichserbhofgesetz* y de sus dos ordenanzas o Reglamentos (21 octubre y 21 diciembre, 1933), nos produjo fuerte impresión como españoles y aragoneses. Dentro de un marco de rigidez y disciplina netamente germánico nos pareció ver instituciones que viven intensamente en los usos convencionales de las montañas de Aragón" (*El patrimonio rural vinculado*, en el volumen "Primera semana de Derecho aragonés", Zaragoza, 1942, pág. 57).

Refiriéndose a los heredamientos catalanes, dice JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES

VIII. Origen de la mejora gallega

Al ocuparnos del *Anerbenrecht* germánico, recogíamos la doctrina dominante acerca de su origen, que lo hace derivar de la exigencia impuesta por los señores feudales en los contratos agrarios para conseguir que los bienes pasaran a uno solo de los hijos del arrendatario o colono. Origen semejante podemos asignar a la mejora de labrar y poseer. Nos dice PÉREZ PORTO que ora revistiese el foro carácter hereditario, ora correspondiese a la clase de los llamados de pacto y providencia, la finca aforada, el grupo de tierras componentes de una explotación, el lugar acasurado, continuaban materialmente intactos al fallecimiento del poseedor: en un caso, porque debían pasar forzosamente a la persona que reuniese las cualidades de antemano señaladas en la escritura de constitución; en otro, porque, sin llegar a exigir condiciones especiales para entrar en el goce de los bienes aforados, se capitulaba que habían de andar en una sola cabeza y que la primera voz (el recipiente directo) nombraría la segunda (el sucesor único en el foral), y éste la tercera, y así sucesivamente hasta la terminación del plazo convenido. Cita, como ejemplo, los foros que en 21 de diciembre de 1582 otorgó el Monasterio de San Martín de Santiago a favor de Pedro Domínguez y su mujer, ante el escribano Juan das Pallas, relativos a los lugares de Condes de Suso y del Corgo, y los de 7 de abril de 1825 y 29 de octubre de 1827, respectivamente, autorizados por los escribanos D. Andrés Jacinto de Torres y D. Bartolomé Vietes. En cualquier supuesto, el hijo nombrado *voz*, o preferido para la sucesión en el foro, ordinariamente el *petrucio*, tenía cumplido con abonar a sus hermanos lo que valiese la parte de ellos en las mejoras, ya que la tierra era del dueño directo. Y tan encarnada estaba en todos esta solución, que si el padre, por circunstancias imprevistas, no elegía el sucesor, debían verificarlo, según las viejas prácticas, los herederos; y en último extremo el señor directo, pues sólo de ese modo se daba cumplimiento a lo pactado en la carta foral (76).

que está muy arraigada en el alma del pueblo y se estima indispensable la institución para aquellos patrimonios modestos que sin el esfuerzo del trabajo de sus poseedores no serían suficientes para atender las necesidades y exigencias de la vida. Los padres, en estos pequeños patrimonios, necesitan asociar a un hijo, que generalmente ha de ser el mayor—porque es el que estará antes en condiciones de trabajar— a fin de que, con la seguridad de que heredará todos los bienes de sus padres, les cuide y asista en su vejez, y atienda a sus hermanos en representación de sus padres. Aunque reconoce que fuera de estos casos—en que “como otros *homesteads* o *Anerbenrecht*, creados por el sentido jurídico y práctico del pueblo, se impone la transmisión íntegra del patrimonio familiar”—la institución atraviesa una fuerte crisis. (*Regim económico familiar al Baix-Urgell i Sorriá* en el volumen “Conferiencies sobre varietats comarcals del dret civil catalá” Barcelona 1934, pág. 190.)

(76) PÉREZ PORTO Memoria, págs. 94 y 95.—Indica PEDREGAL y CAÑEDO que el foro, en su origen fué como la formación de un grupo agrario, que daba gran consistencia a la unidad de la familia. El foro, que nació de la necesidad de ofrecer estímulo al trabajo para el cultivo de los campos, se completaba con las

Como advierte AGUILAR Y GARCÍA, el sucesor en el foro cedía en pago a los herederos otros bienes del caudal relicto, o, de no ser así posible, se comprometía a satisfacerles, en compensación, cierto canon anual (77).

También es fácil comprobar cierta idea de vinculación en la mejora gallega. Así, MURGUÍA nos dice que la costumbre que hoy se practica en Lalín era ya antiquísima en Galicia, a mediados del siglo xv. El curioso pleito que las dos poderosas casas de Monterrey y de Lemos sostuvieron hacia el año 1460, versa sobre una mejora de esta clase. En el año 1454 Lope Sánchez de Ulloa emancipó a su hijo mayor Sancho a la manera que aún lo hace el campesino de Lalín, su vecino y casi comarcano, mejorándolo en tercio y quinto y entregándole, en vida ya, los bienes de que le había hecho mejora. ¿Constituía ésta un mayorazgo? Esto es lo que se disputaba. Una de las partes sostenía que sí, porque cuando un caballero o persona cualquiera mejoraba a su hijo mayor o menor en tercio y quinto, "se acostumbra a decir que lo deja por mayorazgo y no porque lo sea ni quiera hacer ni haga y así lo da a entender la dicha escritura del testamento con las palabras que dicen por *cuanto e ó maor*. Es la costumbre, añade, en el reino de Galicia de inmemorial memoria a esta parte". A esto se replicaba que el mayorazgo no podía formarse sin permiso real, con arreglo a la Ley de Toro,

ventajas de la sociedad familiar, que, sin desatender los derechos de cada uno de los hijos, tendía a conservar unido el grupo de bienes que se consideraba necesario para el sostenimiento de la familia. (*Asturias.—Derecho de familia*, en el volumen "Derecho consuetudinario y economía popular", de COSTA y otros, II, Barcelona, 1902, pág. 104.)

HINOJOSA nos dice que "debió su origen la sucesión individual, principalmente en Cataluña, como en Alemania, Inglaterra y algunas comarcas de Francia al interés del propietario, o señor directo de la tierra, en que no se fraccionaran los predios que daba en arrendamiento perpetuo, para que los arrendatarios pudieran pagar mejor los censos y ejecutar las faenas agrícolas a que estaban obligados. El propietario imponía como condición al colono la indivisibilidad del predio, no sólo para asegurar mejor la renta y el desempeño de las faenas o labores, sino también para evitar las discusiones que se originasen si en vez de uno eran varios los que debían prestarlas. Como la división del predio podía tener por consecuencia el acrecentamiento de las faenas en las tierras del señor, tampoco convenía a los colonos esta división. Se comprende por tanto, que aceptasen sin dificultad la condición de ser uno solo el heredero". (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, págs. 160 y 161, Madrid, 1905.)

Merece citarse, por su analogía con lo que venimos exponiendo, una disposición del fuero de Asturias incluida en la recopilación de 1781: "Porque la división de *caserías* entre muchos hijos del llevador de ellas es perjudicial a todos, pues no queda ninguna labranza suficiente, se ordena que las que son de arriendo no pueden repartirse y que haya de suceder en el derecho del mismo arriendo el hijo que el padre señalase con aprobación del dueño o afianzado, el pariente más cercano que esté desacomodado, en caso de morir sin sucesión y *abintestato* el casero" (Ordenanzas para el Gobierno de la Junta General del Principado de Asturias y su Diputación, Tít. XI, cap. 91). Recoge esta disposición MANUEL PEDROSO en sus notas a WYGODZINSKI y SKALWEIT, *Economía y Política Agraria*, Barcelona, 1930, pág. 69.

(77) Op. cit., pág. 96.

mas los que defendían que mejora y mayorazgo era lo mismo en Galicia, concluye MURGUÍA, estaban dentro de la Ley del país, como se ve por la costumbre de Lalín, por más que la mejora no constituya mayorazgo, a la manera que hoy la entendemos (78).

Que las cosas ocurrían así efectivamente, nos lo dice la queja de JOVELLANOS, en el informe que elevó al Real y Supremo Consejo de Castilla, a nombre de la Sociedad Económica de Madrid, en el expediente de Ley Agraria: "La Ley del Fuero—decía—, dispensando el derecho de mejorar, quiso que los buenos padres pudiesen recompensar la virtud de los buenos hijos. La de Toro, permitiendo vincular las mejoras, privó a unos y a otros de este recurso y este premio, y robó a la virtud todo lo que dió a la vanidad de las familias en las creaciones futuras. ¿Cuál es, pues, el favor que hizo a la nobleza esta bárbara Ley? ¿No es ella la que abrió la ancha puerta por donde desde el siglo XVI entraron como en irrupción a la hidalguía todas las familias que pudieron juntar una mediana fortuna? ¿Y se dirá favorable a la nobleza la institución que más ha contribuído a vulgarizarla?" (79). Esa aspiración general de vincular los bienes, por afán casi siempre de conservar y de acrecer el lustre del nombre familiar, respondía a razones más bien económicas en el caso de los campesinos.

¿Acaso no se defiende en nuestro tiempo la vinculación agrícola como único remedio contra los excesos de las particiones hereditarias?

Frente al fideicomiso medieval, de carácter nobiliario, SANTANGELO SPORO, a fines del siglo XIX, nos habla de un fideicomiso democrático (o *fin de siècle*), cuyo fin es: reconstruir la pequeña propiedad campesina para asegurar su conservación y con ello la independencia de la familia, defendiéndola contra la excesiva libertad del jefe y las especulaciones ruinosas, contra la pulverización sucesoria y contra la absorción por la gran propiedad (80).

JEANTET afirma que se ha mantenido el principio de la conservación de los bienes en la familia, pero abandonando la vieja idea de perpetuar el nombre. Hoy se confunde con la enemiga a que se desmembre las explotaciones: la razón económica ha sustituido al principio nobiliario (81).

Y entre nosotros, OTERO VALENTÍN escribe: "La vinculación histórica y el amayorazgado no satisfacían más que la vanidad de la familia, de ahí que fueron hasta perjudiciales para los beneficios de posible obtención, y disfrutaba el patrimonio quien ni sabía las fincas

(78) MURGUÍA op. cit., págs. 38 y 39.

(79) *Obras de Jovellanos*, VII, Barcelona, 1839, pág. 100.

(80) *Il fidecommesso democratico* en "Archivio Giurídico", LIII, 1894, página 490.—Por su parte BESTA habla de fideicomiso agrícola, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, pág. 99; y refiriéndose a Hungría, IHRIG describe tres especies de *cuasi fideicomisos rurales* (*Kriegsgut*, bien de guerra, para inválidos; *Heldengut*, bien para héroes, destinado a los ex combatientes, y *Familiengut*, bien de familia), con reglas sucesorias que permiten asignarlos a un solo heredero (*La política fondiaria ungherese nei suoi rapporti col diritto privato*, "Rivista di Diritto Agrario", XII, 1933, pág. 31).

(81) Op. cit., pág. 152.

que lo formaban; pero la unidad agraria del caserío ha subsistido por su positiva bondad" (82).

IX. La mejora ante el Código civil y el Apéndice de Galicia

Hasta ahora hemos observado y descrito la mejora de labrar y poseer tal como se presenta en la vida práctica del campo gallego, como medio para evitar la desmembración del patrimonio familiar, que, ordinariamente, se transmite a uno solo de los hijos o descendientes—el petrucio—, a quien se imponen deberes de asistencia y ayuda a sus padres y hermanos.

¿Podremos encontrar fórmulas correctas dentro del Código civil para dar cauce a todas las exigencias de la mejora gallega?

El problema se plantea especialmente en orden a estos tres temas:

- a) Respeto de la legítima de los descendientes no mejorados.
- b) Designación del petrucio por el cónyuge del causante.
- c) Virtualidad del usufructo universal a favor del viudo del de cuius.

Dejemos los dos segundos temas para un examen ulterior más detenido, y veamos las dificultades que nos ofrece el primero.

Cuando la disposición otorgada en favor del petrucio no sobrepase los tercios libre y de mejora y la porción de su legítima estricta, el problema no existirá siquiera.

¿Pero cómo será posible atribuirle a él solo los bienes todos que constituyan la herencia?

El § 2.º del artículo 1.056 nos brinda la solución en los casos en que dichos bienes constituyan en su conjunto "una explotación agrícola", pues el padre está facultado para atribuirlos por entero a uno de sus hijos, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás.

Otro precepto del Código civil que no ha sido, a nuestro juicio, debidamente utilizado, permite igual solución, aun en los casos de que no pueda correctamente calificarse de explotación agrícola al conjunto de bienes de la herencia. Nos referimos al artículo 829: "La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados". Bastará, pues, incluir concretamente en la mejora cada uno de los bienes que quieran hacerse llegar a manos del petrucio (83).

La atribución de todos los bienes al petrucio no encuentra difícil-

(82) *La doctrina del patrimonio*, Madrid, 1930, pág. 455.—MARÍN LÁZARO recuerda que, durante el siglo XIX, fué defendida en España "lo que se llamó el mayorazgo plebeyo, institución gemela de los patrimonios familiares inembargables" (*El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 169, 1941, págs. 32 y 33).

(83) El padre deberá, con todo, mencionar en su testamento a los demás descendientes, so pena de incurrir en preterición.

tades dentro del Código civil. Ahí están, según acabamos de ver, los artículos 1.056 y 829, que resuelven el problema. ¿Pero, acaso, lo hacen satisfactoriamente? Nos parece que no, pues el petrucio se verá imposibilitado las más de las veces para pagar en numerario las legítimas de los otros descendientes. Por eso, la costumbre señala, como medio adecuado—en el mismo sentido y por iguales razones que movieron a los italianos a proponer las medidas antes reseñadas—, el pago de esas legítimas mediante la constitución de “rentas en saco”.

Y aquí ya el Código civil se presenta como barrera infranqueable.

Se equivoca SÁNCHEZ ROMÁN cuando afirma, al referirse al § 2.º del artículo 1.056, que la posibilidad legal que en él se reconoce al padre de que disponga el pago en metálico de su legítima a los demás hijos, no es preceptiva, sino permisiva, y, por lo tanto, no hay obstáculo legal en que se arbitre otra forma de compensación si la naturaleza y el valor respectivo de los bienes lo permitiera (84).

Con razón afirma PÉREZ PORTO que no cabe olvidar que se trata de un precepto de excepción, de una derogación de las reglas generales sobre división de las herencias, y que, por tanto, sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él. Y añade que, en Galicia, donde el numerario anduvo siempre escaso, especialmente entre las familias labradoras, si se ha de seguir el único camino trazado por el Código, habrá necesidad de llegar en la universalidad de las ocasiones, a la venta, en cuyo supuesto el preferido y sus coherederos quedarán sin bienes, o a la hipoteca, que fatalmente lleva el mayor número de las veces al mismo resultado (85).

La dificultad sólo puede salvarse si se considera a la mejora de labrar y poseer como institución consuetudinaria de carácter foral vigente al amparo del artículo 12 del Código civil, incluyéndola, por tanto, en el Apéndice especial para Galicia que se ha ordenado preparar por la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de junio de 1947, en cumplimiento del Decreto de 23 de mayo del mismo año. Especialmente deberá reconocerse al padre la facultad de ordenar que el petrucio pague la legítima de los demás herederos en metálico o en otros bienes, y, en particular, por medio de rentas en saco (86).

(84) *Estudios de Derecho civil*, VI, vol. 3.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, pág. 1995. Advierte PALMA MEDIANO, en sentido contrario, que la solución que ofrece el segundo párrafo del art. 1.056 no resuelve plenamente el problema, porque no siempre el heredero tendrá medios para abonar a los legitimarios en metálico su porción hereditaria y, tratándose de pequeños patrimonios, puede asegurarse que nunca será esto viable (*El patrimonio rural vinculado*, pág. 58).

(85) *Memorial*, pág. 99.

(86) Al estudiar el régimen sucesorio del Código civil suizo para las explotaciones agrícolas, SALEILLES se lamentaba de que hubieran desaparecido ciertas costumbres existentes en varias regiones francesas inspiradas por la misma idea de evitar el excesivo fraccionamiento, y pedía el restablecimiento de esas instituciones para evitar la ruina y la miseria moral de los campesinos (*La partage et la transmission integrale dans le Code civil suisse*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, VII, 1909, págs. 609 y 610). Otro tanto podríamos decir nosotros

Reconocida, por Derecho especial de Galicia, esa facultad de pagar el mejorado el importe de las legítimas en dinero o, incluso, mediante rentas en saco, ¿deberán considerarse, en tal caso, protegidos los legitimarios por el sistema de menciones que establece el artículo 15 de la nueva Ley Hipotecaria? La respuesta será negativa si se sigue el criterio de SANZ (87) y COSSÍO (88), que circunscriben el precepto a los legitimarios del Derecho catalán; pero será afirmativa si se acepta el criterio de quienes, como ROCA SASTRE (89) y CASSO (90), no ven inconveniente en aplicarlos a otros supuestos, y particularmente al previsto en el párrafo segundo del artículo 1.056 del C. c.

X. Delegación de la facultad de mejorar

1. Criterio que preside la designación del petrucio.

Ordinariamente, la mejora de labrar y poseer es un premio al hijo que cuida y atiende a sus padres hasta su muerte; quiero mejorar, dice el testador, *al que me ate la cabeza*. Por lo regular, dice MOUTON, recae la mejora en el hijo mayor, que acostumbrado en las villas gallegas a no separarse nunca de sus padres, ni aun con motivo de casamiento, distingue con exacta facilidad las necesidades diarias de la casa mejor que cualquiera de los otros hermanos, y el cual ha sacrificado el primer tercio de su juventud en el servicio de las tierras de los suyos, trabajando en su cultivo, llevando la administración y ayudando al padre en todos los esfuerzos precisos (91).

Los "paisanos" suelen otorgar testamento (salvo por reconocimiento de hijos naturales) después de los sesenta años. Y es que, como decía un anciano a quien el notario recriminaba porque tardaba tantos años en otorgar su testamento, están atentamente examinando las condiciones de administración, capacidad de trabajo y condiciones morales, así como el comportamiento de cada uno de sus hijos, para elegir entre ellos el que mejor demuestre sus facultades y conducta, y, una vez elegido, aun retardan el otorgamiento de su última voluntad para que no se enteren los hijos de quién fué elegido y se comporten bien. Por

si, negando los ojos a la realidad, se violenta a la mejora gallega para hacerla encajar forzosamente en los moldes del Código civil.

Claro está que la institución que defendemos sólo puede alcanzar los fines que se propone si se establecen normas imperativas sobre la indivisibilidad de los lugares, como lo hace el Proyecto de Apéndice para Galicia redactado en 1915. Nada tenemos que decir sobre inembargabilidad que, si bien sería muy aconsejable, es tema que no cuenta en su apoyo con la costumbre, para incluirlo sin más en el Apéndice que se elabore.

(87) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 138 y s.

(88) *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 196.

(89) *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1946, pág. 409.

(90) *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, página 482.

(91) MOUTON OCAMPO, op. cit., II, pág. 242.

eso se comprende que existan muchas excepciones en la práctica al sistema de mayorazgo generalmente observado (92).

Por otra parte, se plantea un grave problema en caso de fallecer prematuramente el causante, pues entonces no puede designar directamente, con seguridades de acierto, el hijo que debe sucederle en el patrimonio familiar.

Nos dice YABEN, refiriéndose a Navarra, que para facilitar la transmisión íntegra del patrimonio familiar a uno de los hijos hace falta que a la muerte del dueño de los bienes tenga el cónyuge sobreviviente algunas facultades para designar sucesor. Si muere, en efecto, el dueño cuando los hijos son de corta edad, no puede precisar con alguna garantía de acierto a qué hijo debe transmitirse el patrimonio (93).

Cierto que el Código civil ofrece un camino para tal supuesto en su artículo 831, al permitir que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de ellos, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes. Pero en Galicia ese artículo es letra muerta, porque las capitulaciones matrimoniales se desconocen en la práctica casi en absoluto, según indicamos anteriormente.

2. Fórmulas notariales sobre designación indirecta del petrucio.

Cuando por las razones apuntadas no puede asignarse nominalmente al beneficiario de la mejora de labrar y poseer, se emplean en los

(92) Antes de promulgarse en 1933, la Ley sobre fondos hereditarios existía en Alemania la controversia sobre si en el caso de haber varias personas del mismo orden en condiciones de ser *Anerbe* debía preferirse el mayor (mayorazgo) o el menor (minorazgo). En favor de una y otra tesis se aducían razones considerables. En defensa del mayorazgo militaba el hecho de evitar el cambio en la persona del *Anerbe*, por el nacimiento de un hijo mayor, y la circunstancia de que, al morir prematuramente el *Bauer*, se evitaban las largas administraciones de usufructos maternos que a veces hacen necesario un segundo matrimonio. En el supuesto del minorazgo, la educación y dotación de los hermanos no designados sería más fácil; por otra parte, habrán abandonado ya el fundo cuando el menor asuma su administración, en calidad de *Anerbe*, y con ello alcanzará a éste la carga de la educación y mantenimiento de sus hermanos, como ocurriría de ordinario en el caso del mayorazgo. Además, cuando el menor llegue a la edad en que es capaz de administrar el fundo y de contraer matrimonio, el *Bauer* tendrá ya una edad en que fácilmente aceptará el vitalicio (*Allenteil*), evitándose así las frecuentes dificultades que surgen en caso de mayorazgo. El minorazgo favorece a los matrimonios precoces, porque el *Bauer* asume el fundo a una edad relativamente temprana; mientras que en el caso de mayorazgo el matrimonio del *Anerbe* se aplaza frecuentemente hasta que el *Bauer* se aviene al vitalicio. Frente a estas consideraciones, la Ley alemana sobre fondos hereditarios no tomó partido ni por uno ni por otro sistema, porque la conciencia popular y la conciencia jurídica de las clases campesinas son extremadamente sensibles sobre este punto. Se creyó preferible dejar en vigor las costumbres regionales que hicieran en las distintas regiones de Alemania. Pero en aquellas regiones en que no existía costumbre sobre el derecho legal de *Anerbe* se introdujo el minorazgo por la citada ley. Cfr. MOLITOR, op. cit., págs. 568 y 569.

(93) YABEN Y YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra*, Madrid, 1916, pág. 163.

testamentos notariales fórmulas variadas que, en rigor, se reducen a dos tipos fundamentales: las que facultan al cónyuge supérstite para designar al mejorado en nombre del causante y las que otorgan la mejora al descendiente que se case para la casa petrucial. Examinaremos sucesivamente tales fórmulas y nos haremos cargo después del criterio que ha sustentado respecto de ellas el Tribunal Supremo en dos sentencias de gran interés.

a) *Delegación en favor del cónyuge de la facultad de mejorar.*

Se contiene en fórmulas del tenor literal de la siguiente:

“Mejora en el tercio de sus bienes destinados por la Ley a tal objeto y lega dos quintos del tercio libre al hijo o hija que resulte mejorado por su esposa (o esposo) en el testamento o disposición de última voluntad bajo que fallezca.”

Una variante de la anterior, con la particularidad de designar directamente al mejorado, aunque a reserva de que confirme la designación el cónyuge, nos la ofrece esta otra fórmula:

“Mejora el otorgante en el tercio y quinto al viejo estilo, o sea en las siete quinceavas partes de la herencia, a su hijo... Pero para que esta gracia tenga efecto será condición indispensable la de que el mejorado lo sea también por su madre en la disposición de última voluntad bajo que esta fallezca. Si así no sucediere, pasará la presente mejora, subordinada a igual condición, a su otro hijo... (así sucesivamente hasta el último hijo). Para los efectos del cumplimiento de la anterior condición, se entenderá mejorado por la madre aquel de sus aludidos hijos que por disposición de la misma obtenga participación en su herencia.

En rigor se trata de fórmula idéntica a la antes recogida, pues la designación del mejorado depende en un todo de la libre voluntad del cónyuge supérstite.

Entre los muchos testamentos que muestran el ejercicio de la facultad de mejorar por persona distinta del causante, vamos a recoger dos que nos parecieron curiosos.

En la cláusula cuarta del otorgado el 18 de abril de 1893, ante el notario don Antonio María Mareque y París, por el Labrador Manuel Casal Maceira, viudo y vecino de la parroquia de San Vicente de Boqueijón, se lee: “Por su derecho propio y en uso de las amplias facultades que su finada esposa la Dolores Millán le confirió por la disposición testamentaria que de consuno otorgaron por ante mí a veintiséis de agosto de mil ochocientos ochenta y siete, mejora a su hijo José, por su a la Adelaida, en el tercio legítimal íntegro y, además, por cuenta del otro tercio de libre disposición en la quinta parte de todo su haber y mujer, por vía de legado y en plena propiedad, para cuenta de cuya mejora y legado le señala la casa número diez y nueve de este lugar de la Iglesia, en que vive, con las oficinas de su compuesto unidas e independientes y terreno contiguo, tomando ef-

resto al completo según le corresponda en partija, con obligación de satisfacer los gastos del entierro y más tocante al pío admitir a su futura madastra y hermana en su compañía, viuda sin hijos, y ésta soltera, sin derecho a frutos, soldadas ni a formar sociedad, y la de dar a su respectiva hermana la Adelaida, al casarse o separarse, trescientos veinte reales por una sola vez, en dinero o tierras, a tasación de perito y elección del pagador.”

Adviértase que las facultades de que hace aquí uso el viudo le fueron concedidas en testamento anterior al Código civil.

En la última voluntad otorgada por Pilar Freire Vilacoba, ante el notario don F. Javier Hidalgo Serrano, el día 8 de noviembre de 1929, se dispone: “Mejora en la casa llamada Lago, sita en el lugar Pousada, en donde habita la testadora, con todos sus servicios, huerta, hórreos, todo ello circundado formando una sola finca, a la nieta que resulte mejorada por su hija doña Carmen.”

La cláusula faculta para mejorar a la hija en favor de cualquiera de las nietas, cosa poco frecuente, pues lo ordinario es otorgar la facultad de mejorar tan sólo al viudo o viuda del causante.

b) *Mejora en favor del que se case para la casa petrucial.*

Se refleja en esta fórmula, facilitada por el notario de Negreira don Angel Pardo de Verá, que entre todas las redactadas con igual criterio de que tenemos noticia nos parece la más previsora:

“Mejora en el tercio de sus bienes destinado por la Ley a tal objeto y lega dos quintos del tercio libre, constituyendo la llamada anti-guamente mejora de tercio y quinto, a aquel de los (tantos) hijos que antes de fallecer el último de sus padres haya casado, según modismo del país, para la casa principal que éstos habitan, vivido en ella en tal condición o estado hasta morir el último de los padres y prestado a los mismos y a su hacienda la debida asistencia. Surtirá efecto esta mejora aunque el hijo, con anuencia de sus padres o del que de ellos sobreviva, se hubiera ausentado, siempre que hubiere dejado en la casa para asistirle a su cónyuge. Si al fallecimiento del último de los padres no se hallare casado en la casa principal ninguno de sus hijos, sean legado y mejora para el que resida entonces en la referida casa, excluyendo el de mayor a los de menor edad si concurre en más de uno la expresada circunstancia” (94).

Sirva de ejemplo el testamento otorgado en 19 de julio de 1919 por María Túnez Rodríguez, en el lugar de Bralo, parroquia de Aguasanta, ante el notario de Padrón don Ignacio Viñas Nieto:

“Mejora al hijo que primero case para vivir en compañía de la testadora y por falta de ésta en la de su marido, el José Picadico, con-

(94) Según nos informa el Notario de Riveira, D. José Martín Chico, entre los marineros suele mejorarse a aquel que se cuide de los cónyuges hasta la muerte, sin precisar para nada que siga en la casa o que éstos vayan a parar a la nueva que forme el hijo.

trayendo matrimonio con el beneplácito del marido de la testadora, toda la parte que ésta, o sea la testadora, tenga a la hora de su finamiento en las fincas urbanas y sus asientos, eiras, tendales de este lugar sin reservación de cosa alguna, entendiéndose que ha de vivir con su esposo en este lugar y compañía del José Picadico Barbazán, y si su hijo no cumpliere, pasará el legado y mejora al que se case después de éste y cumpla las mentadas condiciones, comprendiéndose en el legado en uno y otro caso los frutos, sembrados y recogidos, muebles, aperos de labranza y animales vivos y muertos” (95).

En Asturias es frecuente también el empleo de fórmulas de ese tipo para la designación del mejorado. Así, nos dice ROMERO VIEITEZ que, a raíz de la publicación del Código civil, en las comarcas de Cangas del Narcea, Belmonte, Luarca y Castropol, se hicieron escrituras notariales de capitulaciones en las cuales los padres de los desposados hacían donación del tercio de mejora y del de libre disposición a favor de un hijo con la condición de “entroncarse”, o sea vivir en la casa paterna. Esta práctica, respetuosa con la tradición conservadora de la unidad de la casa y explotación agrícola familiar, se hace ya corrientemente disponiendo del tercio libre en testamento, con lo cual, a más de servir a la interpretación generalizada del Código civil, se garantiza a los padres con la revocabilidad testamentaria de posibles contingencias posteriores (96).

La costumbre asturiana, por cuya virtud la casería la hereda el hijo o la hija casada en casa, es, a juicio de PRIETO BANCES, superior al rígido sistema del mayorazgo y aun a la institución catalana del heredamiento, que es antifeminista. En el mayorazgo el privilegio se concede a la casualidad del nacimiento: en la costumbre asturiana se otorga a la laboriosidad del hijo o a la bondad del que se destaca por su amor filial. La facultad del padre para elegir es completamente libre (97).

3. Criterio del Tribunal Supremo.

Dos únicas sentencias, que sepamos, ha dictado el Tribunal Supremo a propósito de las cláusulas notariales antes reseñadas. Por una de ellas se declara correcta la fórmula del tipo segundo; por la otra, se considera inválida la del tipo primero.

Sentencia de 31 de enero de 1899:

“La cláusula en la que el testador establece la mejora del tercio en favor de aquel de sus nietos que, procediendo de una de sus hijas, *case* con el consentimiento paterno *para la casa petrucial*, no se opone a los artículos 830 y 670 del Código civil, porque inspirada en el espíritu o

(95) En ocasiones se emplea una fórmula mixta, como la que nos comunica el No arío de La Estrada D. Pedro Jesús de Azurza: “Mejora al hijo que con el beneplácito de su madre (o padre) se case a casa y para casa y resulte mejorado también por aquél”.

(96) ROMERO VIEITEZ, *La Mejora*, Madrid, 1936 pág. 118.

(97) PRIETO BANCES, *La casería asturiana*, pág. 732.

en la razón filosófica del artículo 831, que con el manifiesto propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta a los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado alguno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto a los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino a la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien, a la par, para que su elección tenga eficacia, ha de contar, necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta a su matrimonio, ya por lo que toca a su instalación en la llamada casa petrucial”.

“Tampoco se opone la referida cláusula al artículo 750, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en el caso referido es el evento a que alude dicho artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas”.

A esta sentencia se refirió la Memoria del Tribunal Supremo de 1899, diciendo:

“No es el artículo 830, estudiado en abstracto, de los que se prestan a dudas acerca de su inteligencia e interpretación; pero ha ocurrido con el precepto que contiene lo que frecuentemente con las leyes más claras y precisas, a saber: que ofrece la realidad una diversidad tal de casos en sus circunstancias y matices y que no siempre es igualmente fácil la aplicación del derecho, o sea, su adaptación a determinados hechos, y aun cuando, por regla general, he rehuído en Memorias anteriores hacerme cargo de tales casos, por constituir dificultades que se derivan, no de la Ley, sino de la variedad en la vida de las relaciones humanas, la especialidad del resuelto por esta Sala, con referencia a dicho artículo, me mueve a llamar la atención acerca del mismo. Tratábase de un abuelo que mejora indeterminadamente al nieto que casase con consentimiento del padre para quedar al frente de la casa-petrucial, y se litigó en el pleito sobre la validez de dicha mejora, pretendiendo los que sostenían su nulidad que una mejora así hecha infringía el terminante precepto del expresado artículo 830, puesto que esto equivalía a dejar a merced del padre que había de prestar su consentimiento para el matrimonio la eficacia de la mejora; pero esta Sala ha mantenido su validez, inspirándose en el sentido y espíritu del artículo siguiente, que demuestra no ser tan absoluto el precepto del anterior; porque es el abuelo quien hace directamente la mejora, aunque dejando incierta la persona del mejorado mientras no se cumpliera la condición del matrimonio, y porque de todas suertes no queda a merced exclusiva del padre tal designación, porque aunque tuviera que intervenir para prestar su consentimiento en el matrimonio, que era la condición de la mejora, tampoco podía realizarse ésta sin el del hijo, o sea el nieto mejorado” (98).

(98) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, VI, pág. 1212, nota 1.

Veamos la otra sentencia; de 16^o de marzo de 1932, en cuyos considerandos se recoge la cláusula que nos interesa, para declarar su nulidad:

“La cuestión rebatida en el recurso y en todo el pleito no es otra que el determinar en derecho la eficacia que ha de tener la cláusula quinta del testamento que otorgara D. Manuel Jesús Sande Lestón en 11 de septiembre de 1924, para decidir si es condicional y válida la mejora que en ella aparece, o es nula por faltar el carácter personalísimo que deben tener los actos de última voluntad según el contexto de los artículos 670 y 830 del código civil.”

“Frente al llamado testamento por comisario admitido por las Leyes antiguas, el artículo 670 antes referido establece los claros preceptos de que el testamento es un acto personalísimo, no pudiendo dejarse al arbitrio de un tercero ni su formación en todo ni parte, ni la subsistencia de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominativos. Y en consecuencia con tales principios, se dispone por el artículo 830 del mismo Código que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro. Términos todos que, por su precisión, no necesitan comentario alguno.”

“Al disponer D. Manuel Jesús Sande por la cláusula quinta de su testamento que por cuenta del tercio de libre disposición, del destinado a mejora y de su legítima, dejaba los bienes, que en la misma refería, al hijo o hija que lleve por el testamento, bajo que fallezca su esposa D.^a María Mayo mayor proporción en la herencia de aquélla o la mitad de la misma por los mismos conceptos que se mencionan en la cláusula, es evidente que faculta a su esposa para designar al hijo de ambos que haya de disfrutar de aquella mejora, sino para anularla, produciendo con ello alteración de las porciones en que hayan de suceder los herederos instituidos nominativos, ya que la doña María Mayo resulta en condiciones de otorgar testamento dejando mayor porción de sus bienes a alguno de los hijos, con lo cual quedaría cumplida la aparente voluntad del marido, como puede no testar o dejar, en caso de hacerlo, igual porción a cada hijo, y en estos casos anulada la cláusula. Todo lo cual demuestra que la cláusula tantas veces repetida concede indebidamente a D.^a María Mayo la facultad de mejorar que prohíbe el artículo 830 del Código civil; sin que a ello se oponga el que D.^a María en su testamento disponga aparentemente sólo de sus bienes, porque la realidad es que a la vez designa al heredero que haya de disfrutar de los bienes señalados por su esposo.”

“Tampoco se han infringido por la misma los artículos 790 y 796 del Código, como se supone por el segundo de los motivos del recurso, porque aunque todas las disposiciones testamentarias, tanto a título particular como singular, pueden hacerse bajo condición, no existe en el presente caso la mejora condicional pretendida, pues el evento casual que había de definir la institución estriba precisamente en la designación del hijo mejorado hecha por la madre, y como le está prohibido hacerlo por los artículos 830 y 670, según antes se expresa, es claro

que la condición habría que estimarla por no puesta, al ser contraria a la Ley, conforme al artículo 792 del Cuerpo legal de referencia, como tampoco puede estimarse que exista condición potestativa impuesta al heredero, ya que en el testamento no se designó al mejorado, ni existe indicación alguna en tal sentido; y sin que pueda admitirse las costumbres gallegas que existan en tal sentido amparando la que en el recurso se llama casa petrucial (99), porque serían nulas en derecho por virtud de lo dispuesto por el artículo 5.º del Código civil.”

“El hecho a que se refiere la sentencia de 31 de enero de 1899, invocada en el recurso, discrepa del presente en que, mientras en éste no hay condición ni nada tiene que hacer el hijo que vaya a ser mejorado, en aquel caso había condición potestativa, pues era preciso que el nieto se hiciera acreedor a la mejora, casándose y aceptando vivir en la casa petrucial; mas aunque se reconozcan como análogos, no lo son menos con el actual los casos de las sentencias de 5 de julio de 1893 y 16 de junio de 1902, y en ellas esta Sala reputó sin valor ni eficacia las respectivas cláusulas testamentarias.”

A nuestro juicio, no existe esa analogía entre el supuesto de la sentencia de 16 de marzo de 1932, mientras que existe, en el fondo, gran similitud entre la cláusula testamentaria de la sentencia de 1932 y la que declara válida la sentencia de 1899, an mádas ambas del mismo propósito y merecedoras de idéntica calificación jurídica.

La de 5 de julio de 1893 declara:

“Tanto la legislación anterior al Código civil como éste, establecen el principio riguroso de que el heredero designado en testamento debe ser persona cierta, deduciéndose de las Leyes 6.ª, 11 y 13 del título 3.º de la Partida 6.ª, que persona cierta quiere decir tanto como persona expresamente señalada por el testador, aunque no lo haga por su nombre.”

“Por la Ley 11 del título y Partida citados *se prohíbe que se autorice a tercero para hacer la designación de heredero, y a esto equivale el nombrar el testador a las personas a cuyo favor testara un tercero*, pues aun cuando aquél pudiera saber a quiénes pensaba éste nombrar herederos, ese pensamiento está de toda suerte expuesto a una mutación de voluntad.”

La sentencia cuya doctrina acabamos de transcribir se refiere al nombramiento de herederos sustitutos, recayente “en las personas a cuyo favor testase” la esposa del causante, sin aludir a mejora alguna.

(99) En el recurso se había alegado para defender la validez de la condición impuesta en la cláusula testamentaria que “ni la ley ni la mora son contrarias a esa condición y antes al contrario, ella se inspira en tradicionales costumbres de la región gallega, que llevan siempre a todos los jefes de familia a querer conservar y mantener incólumes la casa petrucial y el agro rústico de labor hereditario; y por la naturaleza especial de la propiedad en aquellas provincias, por lo limitado y reducido de su cuantía, dada la división en que la propiedad allí se encuentra, existe el natural y legítimo propósito, amparado por la tradición y costumbre, que aún pueden determinar principios de Derecho foral, de que se perpetúe en alguno de los hijos la continuidad de la labor personal de sus bienes rústicos y el amparo del hogar establecido en la casa petrucial”.

La de 16 de junio de 1902 declara ineficaz la cláusula por la que se disponía que, la mejorada directamente por el causante podía elegir la mejora "en la finca o fincas que tuviera por conveniente". En uno de sus considerandos dice: "si con arreglo al artículo 830 del Código civil no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco puede encomendarse a otro, ni al propio mejorado, la facultad que el 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentifacción son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el 670 que no puede dejarse la formación del testamento, en todo ni parte (y parte del mismo es el señalamiento o determinación de la cosa específica), al arbitrio de un tercero".

Repetimos que la sentencia de 5 de julio de 1893 responde a caso diferente del que motivó la de 16 de marzo de 1932, pues si bien en ambas se condena una cláusula de delegación, esta delegación recae en aquel supuesto sobre la designación de un heredero, y en el segundo sobre la elección de la persona beneficiaria de la mejora. Sobre esta diferencia volveremos más adelante.

Tampoco guarda analogía el caso de la sentencia de 1932, tantas veces citada, con el de la sentencia de 16 de junio de 1902, pues mientras en aquélla se deja a merced del cónyuge supérstite la elección del petrucio, en ésta quedan sólo determinados los bienes sobre los que debe hacerse efectiva la mejora, mas no la persona misma del mejorado, designada nominativamente por el testador.

Lo que sí resultan semejantes son los casos de las sentencias de 31 de enero de 1899 y de 16 de marzo de 1932. Refiriéndose a la primera, la *Revista de los Tribunales* observó atinadamente lo que resulta de los párrafos siguientes, que nos parece oportuno recoger:

"Respetable es el principio filosófico en que se inspiró el legislador para la excepción al artículo 830 del Código civil contenida en el siguiente 831; digna de consideración la extensión que en la mencionada sentencia se dió, por estimarla inspirada en el propósito de robustecer los vínculos familiares; pero ello no nos parece suficiente para aceptar como válido que se debilite el precepto del artículo 830, reputando cosa diferente a la delegación de la facultad de mejorar, la de designar entre los hijos el que ha de disfrutar la mejora, uniendo a esa designación la de que sea elegido al casarse para vivir en compañía del cónyuge viudo, padre de aquél.

"Porque en la realidad es igual que se encomiende al viudo la facultad de mejorar en los bienes de la esposa difunta, como que por virtud de ese rodeo, que en muchos casos sería hasta una habilidad o recurso para burlar la prohibición de la Ley, se le concedan atribuciones para escoger al mejorado dentro de los hijos, y condicionando la mejora con el hecho del casamiento del hijo y el de vivir en compañía del viudo.

"El fondo, el resultado, es el mismo, puesto que una vez designado el hijo que ha de cumplir esa condición, el padre podrá relevarle de la

misma y consentirle que habite con separación, mucho más si ese padre volviese a contraer ulteriores nupcias en uso de su perfecto derecho.

"Además, se impone sobre esa mejora una condición en favor del viudo, no de los demás hijos o legitimarios, y, por lo tanto, se infringe también el artículo 824 del propio Código; puesto que el padre, según autorizados comentaristas, no es el legitimario a que se refiere ese precepto, que sólo alcanza a los descendientes del mejorante" (100).

A nuestro juicio, el diferente criterio sustentado por el Tribunal Supremo a propósito de dos cláusulas que, en rigor, merecen el mismo trato, se debe a no haber contemplado con iguales ojos el supuesto a que respondían, idéntico en el fondo.

La sentencia de 1899, para salvar el peligro de nulidad que presenta el artículo 830, interpreta con gran amplitud la norma del 831. Y para encajar la cláusula testamentaria dentro del Código civil, tiene que conceder: 1.º, que resulta indiferente que la designación del mejorado se haga por el trámite de las capitulaciones matrimoniales—según exige el artículo 831—o a través de un testamento; 2.º, que esa designación indirecta se deje al arbitrio del cónyuge del causante—como exige el artículo 831—o a voluntad de otra persona, que en el caso concreto era una hija del testador.

La sentencia de 1932, que redujo a la nada la invocación hecha por el recurrente de las costumbres gallegas amparadoras de la casa petrucial, mediante la aplicación, no razonada, del artículo 5.º del Código civil, fundamenta la invalidez de la cláusula en un argumento engañoso. Dice, en efecto, que en el supuesto que contempla no existe mejora condicional, porque esa condición es contraria a los artículos 830 y 670, con lo cual hace supuesto precisamente de lo que se discute. Y añade que en el hecho a que se refiere la sentencia de 31 de enero de 1899 había condición potestativa, "pues era preciso que el nieto se hiciera acreedor a la mejora, casándose y aceptando vivir en la casa petrucial", pero se olvida que de haber seguido un criterio rigorista, la sentencia de 1899 debiera haber considerado por no puesta tal condición, conforme al artículo 792, por ser contraria a la Ley, en cuanto se impone sobre la mejora un gravamen prohibido por el 824, que sólo autoriza a imponerlo en favor de los hijos y descendientes legítimos del causante (101), mas no en favor de su cónyuge, a cuyo beneficio se ordena esa obligación de vivir el mejorado en la casa petrucial.

No ofrece mayor consistencia el otro argumento de la sentencia de 1932. Ciertamente que por virtud de la cláusula por ella condenada se faculta al cónyuge del causante para designar al hijo de ambos que haya de disfrutar de aquella mejora, como para dejarla sin efecto. Pero igual ocurre con la cláusula de la sentencia de 1899: ¿No es libre, acaso, el viudo para no dar su consentimiento al matrimonio del hijo que desee

(100) *Nulidad de una mejora cuando se encomienda a un tercero la designación de la persona mejorada*, en "Revista de los Tribunales", XLV, 1911, consulta núm. 6, págs. 104 y s.

(101) Cfr. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, pág. 59.

casarse para la casa petrucial, y con ello impedir la efectividad de la mejora? Y tal ocurrirá, en efecto, si el viudo contrae nuevas nupcias y quiere alejar de la casa a todos los hijos del anterior matrimonio. Pero también eso mismo puede ocurrir en el caso contemplado por el artículo 831: el viudo o viuda puede distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar, o no mejorar, en ellos a los hijos comunes.

En el fondo, ha dicho muy bien ROCA SASTRE, no hay fórmula jurídica mala; el problema consiste en que encajen, en que se adapten a las necesidades y circunstancias del caso, o sea, que respondan a una necesidad sentida en cada situación específica. De aquí que propugnemos por *soluciones históricas*, o sea, las que se apoyan en la experiencia (102).

Con ese criterio no podemos menos que defender la conveniencia de conservar en Galicia, para la designación del petrucio, las fórmulas de uno y otro tipo antes recogidas: la que subordina el nombramiento del mejorado a la condición de que se case para la casa, y la que faculta al padre o a la madre del posible petrucio para elegirlo en nombre del causante.

Esta segunda fórmula resulta indispensable en el caso en que muerto el causante sin haber podido designar por sí al mejorado, por ser los descendientes de poca edad, fallezca después de dicho causante el que debe dar su consentimiento al casamiento para la casa del descendiente, sin haberlo podido dar tampoco, por la poca edad de todos los descendientes o cualquiera otra circunstancia. En tales casos, la fórmula del tipo b) resulta ineficaz, mientras que la otra, la del tipo a), permite elegir al petrucio si existen ya elementos de juicio para saber cuál de los descendientes posee mejores condiciones para suceder en la jefatura doméstica.

4. Designación indirecta de heredero en los Derechos forales.

Esas dificultades que en Galicia se presentan para la acertada designación del continuador de la casa petrucial cuando el causante fallece prematuramente, las encontramos resueltas en los Derechos forales por medio de instituciones varias que se inspiran en el mismo espíritu. De ellas vamos a recoger algunos rasgos.

La institución de heredero distributivo, conocida en Cataluña (103) y Mallorca, constituye, al decir de PASCUAL Y RUIZ, una verdadera institución consuetudinaria del Derecho foral mallorquín, "que es más común en los testamentos entre cónyuges, y tiene por objeto primordial premiar a aquel de los hijos o parientes que mejor conserve la memoria del difunto o mejor honre al sobreviviente, o bien prevenir una muerte inesperada sin testar, teniendo hijos de tierna edad, ignorando cuál de ellos será el de mejores aptitudes morales o intelectuales para

(102) ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", I, 1945, pág. 337.

(103) Bajo la denominación de "cláusula de confianza". Vid. BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, V. Barcelona, 1923, págs. 198 y s.

la continuación de la casa. Ante tales dudas, encomienda el marido a la mujer, o ésta a aquél, la elección de heredero, adquiriendo en este caso la mujer, cuando ella es la sobreviviente, especial relieve en la familia. Por no ser común en este territorio, como en Cataluña, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, estas disposiciones suelen consistirse en los testamentos, bien instituyendo el uno al otro cónyuge heredero *usufructuario con facultad* de disponer a favor de los hijos *comunes* o próximos parientes, o bien nombrándole *heredero propietario* con obligación de disponer a favor de los mismos hijos o personas determinadas, y previendo el caso de que el instituido no haga uso de aquella facultad o no cumpla dicha obligación, según el caso, suele el testador determinar, por modo supletorio o subsidiario, la forma cómo debe deferirse o distribuirse su herencia entre las personas que designa o nombra por vía de sustitución" (104).

El Tribunal Supremo declaró por sentencia de 10 de diciembre de 1931 que "es costumbre observada en Cataluña y Mallorca, y sancionada por la jurisprudencia, que el marido pueda conferir a su mujer la facultad de elegir libremente heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos, o de distribuir entre ellos la herencia, guardando el respeto debido a las legítimas, siempre que este encargo se otorgue con palabras que claramente lo den a entender" (105).

Es interesante la observación de PEDRO BALLESTER; quien ante la realidad balear, desconocedora, como en Galicia, de las capitulaciones matrimoniales, escribía: "Ya que el artículo 831 ha autorizado el pacto en capitulaciones matrimoniales, de que muriendo intestado uno de los cónyuges pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, ¿no se hubiera podido establecer, también por vía de excepción, que esta facultad se transmitiera entre cónyuges por testamento?" (106).

Por lo que se refiere a Cataluña, ROCA SASTRE ha estudiado una institución, parecida al heredero distributivo (107), bajo el nombre de heredamiento fiduciario. Lo define, en sentido amplio, como aquel acto por el cual "el padre o la madre atribuye a un tercero el derecho de elegir heredero o de distribuir la herencia entre los hijos, para el caso

(104) *La institución de heredero distributivo*, en "Revista de Derecho Privado", XVIII, 1931, pág. 114.

(105) Véase el comentario a esta sentencia de ENRIQUE TAULET en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", VIII, 1932, págs. 717 y s. Reconoce también la existencia de esa costumbre en Cataluña y Mallorca la S. de 29 de enero de 1883, declarando que dicha costumbre está sancionada por la jurisprudencia anterior al Código civil.

(106) *El Apéndice de Baleares*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 146, 1925, pág. 72.

(107) En rigor, dice ROCA, se trata de dos manifestaciones de la misma institución: cuando el fiduciario es el cónyuge del causante tenemos el heredero distributivo o cláusula de confianza; cuando son fiduciarios los dos parientes más próximos, el "heredamiento fiduciario", nombre que podría aplicarse también, con más precisión técnica, a la cláusula de confianza.

de morir aquéllos sin haber instituido heredero"; y, en sentido estricto: "el heredamiento que el padre o la madre otorgan a uno de sus hijos, a quien elegirán los dos parientes más próximos, en el caso de que el padre o la madre o el cónyuge mueran sin instituir heredero". El heredamiento fiduciario responde a la conveniencia de que el hijo que ha de ser heredero o continuador de la casa, sea el más idóneo. Y como esta idoneidad no se puede comprobar hasta que los hijos tengan cierta edad, para el caso de muerte prematura del padre o de la madre propietarios de los bienes, se atribuye a un tercero, generalmente al cónyuge, y a falta de éste a los parientes, la facultad de hacer la designación en el momento oportuno (108).

Navarra conoce una institución consuetudinaria semejante al heredamiento fiduciario, sancionada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1873.

En Vizcaya la finalidad de las anteriores instituciones se consigue a través del testamento por comisario. Si bien el poder puede darse a favor de cualquier persona, en la práctica sólo se concede, por lo regular, a favor del cónyuge (109).

El Apéndice Foral aragonés regula, en su artículo 29, la delegación de la facultad de designar heredero en favor del cónyuge, en estos términos: "El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciario comisario, ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley, ora dentro de los límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al derecho natural. Los actos del fiduciario comisario, en cumplimiento de este encargo, habrán de constar en escritura pública. Valdrá la última voluntad cuando ellos consistan en disposiciones testamentarias, y serán irrevocables los que otorgue entre vivos". Advierte MARTÍN-BALLESTERO que, ordinariamente, se establece la limitación de que esa designación de heredero sea única, de modo que todos los bienes de la casa vayan a manos de un solo sucesor (110).

5. Sentido de la Ley XXXI de Toro.

Para conocer bien el espíritu y alcance de las fórmulas notariales sobre delegación de la facultad de mejorar, practicadas de antiguo en Galicia, y que han seguido viviendo en dicho territorio después de publicarse el Código civil—aunque en menor medida a partir de la sentencia de 16 de marzo de 1932—, nos parece oportuno recoger aquí la discusión de los intérpretes de las Leyes de Toro acerca de la

(108) ROCA SASTRE, *L'heretament fiduciari al Pallars Sobira*, en el volumen "Conferencias sobre Varietats Comarcais del Dret Catalá". Barcelona, 1934, páginas 101 y s.

(109) JADO, *Derecho Civil de Vizcaya*, Bilbao, 1923, pág. 267; ANGULO *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 195 y 196.

(110) *La casa en el Derecho aragonés*, pág. 132.

Ley XXXI, que habla de las facultades de los comisarios para mejorar en nombre del causante.

Como se sabe, el testamento por comisario fué consagrado por el Fuero Real, que, en la única Ley que trataba de la materia, se limitaba a autorizar el nombramiento de comisarios para hacer testamento por otro, sin precisar cuáles habían de ser sus atribuciones en el caso de no haberlas determinado el testador (111). De ello se originó la duda de si los comisarios se hallaban facultados para disponer a su arbitrio de la herencia, y hacer todo lo que pudiera hacer el testador por sí mismo, y cómo habían de conciliarse estas facultades con las restricciones que imponían otras leyes sobre la manera de designar al heredero, el nombramiento de tutores, las mejoras, etc. A remediar los graves abusos producidos por los términos excesivamente generales del Fuero Real, se ordenaron varias disposiciones de las Leyes de Toro, y de modo muy particular la XXXI, que dice así:

“Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden o porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder a otros que los hagan por ellos; y los tales comisarios hacen muchas fraudes y engaños con los tales poderes estendiéndose a más de la voluntad de aquellos que se los dan, por ende por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante el comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto ni desheredar a ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda subsistir, vulgar ni pupilar, ni exemplarmente, ni hacerles substitución alguna, de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero, y en quanto a las otras cosas señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no más” (112).

Los términos de la Ley determinaron muy pronto en los intérpretes dudas en materia de la facultad de mejorar.

Así, RODRIGO SUÁREZ se preguntará: “*Commissarius an possit meliorare unum ex filiis testatoris?*”. A lo que responde que aquel a quien compete hacer testamento, debe, en la duda, observar igualdad entre los hijos. “*nisi interveniat expresum mandatum ad meliorandum*” (113).

(111) Ley VI, tít. V, lib. III: “Si alguno no quisiere, o no pudiere ordenar por sí, la manda que ficiere de sus cosas, e diere su poder a otro, que el que la ordene. é dé. é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puedalo hacer: é lo que él ordenare, ó diere, vala, así como si la ordenase aquel que dió el poder”.

(112) Esta ley, que figura en la Novísima Recopilación, L. 1.ª, tít. 19, lib. 10, estuvo vigente hasta la promulgación del Código civil.

(113) *Commentarii Roderici Suarez. in l. Quoniam in prioribus... Salmanticae, MDLVI, Octava limitatio, pág. 169. col. 2, b.*

De modo más claro, para refutar la opinión restrictiva de TELLO FERNÁNDEZ, plantea el problema VELÁZQUEZ DE AVEDAÑO: "*Nominatio specialis eius qui exheredandus, substituendus, seu meliorandus est an sit necessaria*". Y responde no ser necesario que el testador, al otorgar poder al comisario para mejorar, designe la persona del mejorado. por cuanto la Ley distingue dos supuestos: uno, referido al poder de nombrar heredero; otro, sobre facultad de sustituir, desheredar y mejorar; y mientras para el primero exige la designación por el propio testador del que ha de instituirse heredero, no así para las otras cosas. Lo cual, concluye, no es nada extraño, porque en estas otras cosas—sustituir, desheredar y mejorar—no queda al arbitrio de un tercero "*dispositionem substantiam*", como ocurre en el nombramiento del heredero (114).

Es JUAN GUTIÉRREZ quien mejor estudia la cuestión de si, según la Ley XXXI de Toro, puede el padre encomendar a otro la facultad de mejorar a uno o dos de sus hijos o nietos elegidos libremente por el comisario (115). Para él hay que distinguir un doble supuesto, según el padre dijera que concede facultad o da poder a su esposa o a algún otro para mejorar a uno o dos de los hijos o nietos, o que, con fórmula distinta, diga el padre que mejora a uno de los hijos, el que haya elegido la esposa o el marido o el tutor. En este segundo caso, no existe la menor dificultad, porque aquí sólo se deja a voluntad del comisario la elección de las personas, no la substancia de la disposición (116). Más dudoso es el otro caso en que dice el padre que concede facultad para mejorar a uno o dos de sus hijos o nietos, porque cuando la substancia de la disposición parece que se deja a voluntad de otro, no debe ser válida la disposición, y así lo entendió TELLO FERNÁNDEZ. Contra el parecer de éste, aduce GUTIÉRREZ un triple argumento: 1) que en este caso no se encomienda a otro la substancia de la disposición, sino

(114) LUDOVICUS VELAZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Ioana Hispaniarum regibus, foelices recordationis utilissima glossa sequitur*: Toleti 1599 folios 67 vuelta y 68.—La interpretación amplia que atribuye al comisario facultad para designar al mejorado es la defendida generalmente por los autores; sirvan de ejemplo ANDRÉS ANGLUO *Commentaria ad leges Regios meliorationum*, título. 6, lib. 5.º Matriti, 1592, lex testia, glossa quarta; núm. 13, pág. 335; FRANCISCO CARPIO. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Ursaone, 1638, liber secundum, caput XVIII, folios 216 y s., y JUAN MATIENZO, *Commentaria Regii Senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Mantuae Carpentanae MDLXXX. lib. 5, tit. 4, Ley V (31 de Toro), gloss. III, folio 116 vuelta y 117.

(115) JOANNIS GUTIERREZ, *Practicarum Quaestionum civilium*. Libr. II, Quaestio XLII, en "Opera omnia", Tomus primus, Lugduni, MDCCXXX, pág. 221.

(116) Es el argumento que encontramos en la mayor parte de los autores. Así, dice ANTONIO GÓMEZ, refiriéndose al mismo supuesto que GUTIÉRREZ: "... quia tunc substantia legati vel dispositionis non confertur in ejus voluntatem, sed tantum qualitas, vel quodam accessorium, hoc est, illa electio personae" (ANTONII GOMEZII, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum*, Matriti MDCLXVIII, pág. 248). En igual sentido, LUIS DE MOLINA. *De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lugduni, MDCCXXVII, lib. II, Cap. IV, página 257.

tan sólo la ejecución, es decir, la facultad de elegir una persona incierta entre varias ciertas (los hijos o nietos); 2) que lo mismo es decir *mejoro* que *concedo facultad de mejorar*; 3) que la Ley XXXI de Toro sólo exige, en cuanto a la institución de heredero, el nombre de éste, mientras que para la mejora sólo requiere que se especifique la persona a quien se da el encargo o la comisión.

CASTILLO SOTOMAYOR se adhiere en un todo al parecer de GUTIÉRREZ y se fija, además, en el preámbulo de la Ley XXXI, que muestra la causa final de la norma que contiene, debiendo entenderse en sentido literal, del que resulta no se exige la determinación de la persona del mejorado por el testador (117).

ALVAREZ POSADILLA nos dice que la Ley XXXI de Toro trata de restringir los poderes generales para evitar los abusos que se cometían, o se podrían cometer por los comisarios, y dice que el poder general no es bastante para las cosas que la Ley exceptúa, sino que es necesario especial mandato y señalamiento para cada una de ellas; porque ya se ve hay mucha diferencia entre un poder general de testar, en el que sin pensar el padre en mejorar a hijo alguno pudiese el comisario mejorarle, al caso de que el padre quiere mejorar a alguno, a juicio y disposición del comisario; y en que mejorando el comisario no va contra la voluntad del testador: aun por Derecho común en el que estaba prohibido conferir la institución de heredero a arbitrio ajeno, no se prohibía el conferir el nombramiento entre ciertas personas, v. gr., a uno de los hijos de mi hermano, quien Pedro señale: con que siendo los hijos número determinado y entre quienes la Ley prescribe las mejoras, y el padre expresa la voluntad de querer hacerla, no es extraño que la Ley permita que pueda dejar y mandarlo al arbitrio de comisario (118).

Los autores inmediatos al Código civil entienden, por lo regular, que la Ley XXXI de Toro permite otorgar poder para mejorar, dejando al arbitrio del comisario la elección de la persona en quien haya de recaer la mejora (119). Pero no falta algún parecer en sentido con-

(117) JOANNIS DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum juris*, Tomus Quartus, Coloniae Allobrogum, MDCCXXVI Cap. XXXVI, núm. 7 y 8, págs. 353 y s.

(118) JUAN ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, 4.ª impresión, Madrid, 1833, pág. 195.

De la misma opinión, PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus majoratum et meliorationum hispaniae*, Tomus primus, Lugduni, MDCCXXV, Partis Primae Quaestio Quadragesimo octava, núm. 210, pág. 344, y Quaest. 48, núm. 25, pág. 326; J. ALFONSO DE AZEVEDO, *Commentarii juris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, Tomus tertius, Lugduni, MDCCXXXVII, pág. 136.

(119) Cfr. ESCRICHE, "Comisario testamentario", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, ed. reformada por Galindo y Vicente y Caravantes, II, Madrid 1874, pág. 337; JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, II, Madrid, 1876, págs. 60 y 61; DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATO, *El Derecho civil español, con las correspondencias del romano*, II, 2.ª ed., Valladolid, 1877, pág. 201; CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS, *Noñísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, II, 2.ª ed., 1880, pág. 127; SALVADOR DEL VISO, *Lecciones elementales de*

trario. Entre ellos descuella la doctrina de JUAN POVEDA GARCÍA, para quien el poder es de tres clases: especialísimo, especial y general; división que está fundada en las Leyes XXXI y XXXII de Toro, que, respectivamente, hablan de los dos primeros la una, y del último la otra. De los tres, parece ser el más extenso el especialísimo, que permite instituir heredero; pero como es condición precisa que el testador lo haya indicado de antemano, es, después de todo, bastante reducido el derecho del mandatario investido de tal facultad. Y añade que fijar el límite de los derechos que confiere el poder especialísimo o especial, es cosa no exenta de dificultades. La primera prohibición, la de nombrar heredero, vino a derogar en parte la disposición del Fuero Real, que permitía instituirlo libremente; abuso grande que era tal vez la fuente de los fraudes y engaños que se quisieron evitar. Pero si la Ley es terminante en su primera parte, no lo es tanto en la segunda o en la que se refiere a las facultades para desherrar, mejorar, sustituir o nombrar tutor a los hijos o descendientes del testador. De aquí la necesidad de preguntar: Si el comisario decide uno de estos cargos, ¿podrá cumplirlo a su arbitrio, si no se le indicó el nombre de la persona? La relación de esta cuestión con la que se ha dicho que la Ley resuelve de un modo categórico, es tan íntima que no cabe que haya dado solución a una de ellas sin que *ipso facto* haya también quedado resuelta la otra, pues en rigor son una misma. Si los intérpretes pretenden que son distintas, estableciendo distinciones que no vienen a cuento, incurren en la contradicción de declarar, de una parte, que no es permitido al comisario nombrar heredero, y decir, de otra, que basta, para que pueda hacer cualquiera de las otras cosas, que señaladamente se le haya mandado ejecutarlas. Empero no llevan razón los que así piensan, concluye POVEDA. Si la Ley ha de ser restringida a lo que evidentemente se deduce que quiso decir, es preciso deferir a que de la misma manera cuando se trata de uno de los otros extremos se necesita que el testador haya expresado claramente para qué dió el poder; y en consecuencia, que sólo será dado mejorar cuando haya sido señalada la persona que debe ser mejorada y los bienes en que la mejora ha de consistir (120).

A mediados del último siglo escribía FRANCISCO DE CÁRDENAS: "Aún todavía dudan algunos intérpretes si facultados especialmente para mejorar un hijo entre varios, nombrar tutor sin limitación de persona, sustituir y repartir cierta cantidad en legados con la misma indeterminación, pueden los comisarios señalar a su arbitrio el hijo que ha de mejorar, el tutor que ha de ser nombrado, la persona que ha de sustituir al heredero, y los que han de ser legatarios y en qué porciones; luego para hacer todo esto con completa seguridad y sin temor de cuestiones futuras, deben los comitentes hacerse cargo de todo en sus

Derecho civil, II, 5.^a ed., Valencia, 1885, pág. 317, y GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 14 ed., II, Madrid, 1886, pág. 28.

(120) JUAN POVEDA GARCÍA, *Testamento por comisario*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", XLIX, 1876, págs. 96 y 97.

poderes y no dejar nada al arbitrio de los comisarios o, cuando menos, ninguna cosa de interés. Agréguese a esto que para dar tales comisiones hay que guardar las mismas solemnidades y que buscar los mismos testigos en calidad y en número que para otorgar testamento, de modo que ni siquiera tienen la ventaja de facilitar en ciertos casos el otorgamiento de la última voluntad. Por lo tanto, volveremos a repetir: ¿Qué utilidad trae ese modo indirecto de hacer testamento?" "Admite, no obstante, que, supuestas las palabras de la Ley, los comisarios autorizados especialmente pueden escoger el hijo que ha de ser mejorado, pero teme que el hijo mejorado pueda no ser el que quería el comitente. Por lo cual concluye con un dilema insoluble que le lleva a proponer la desaparición del testamento por comisario: si interpretando la legislación vigente del modo más estricto y como aconseja la prudencia, se limitan considerablemente las facultades de los comisarios, los poderes para testar son completamente inútiles; si interpretando los textos con alguna más latitud, ampliamos estas facultades, se autorizan casi los mismos fraudes y abusos que quisieron corregir las Leyes de Toro (121).

6. *Ante el Apéndice de Galicia.*

Después del examen de la Ley XXXI de Toro, podemos ya extraer las conclusiones que importan a nuestro objeto.

Al amparo de esa norma jurídica, y al servicio de la conservación de la casa petrucial, tuvieron aplicación en Galicia hasta el Código civil las cláusulas de delegación de la facultad de mejorar (122).

Si con CASTRO admitimos la posibilidad de una costumbre *secundum legem*, habida cuenta de que una misma Ley puede tener más de una interpretación posible y decidirse el uso reiterado a favor de una de ellas (123), no resulta difícil encajar nuestro supuesto en el

(121) CÁRDENAS. *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto de Código civil*, Madrid, 1852, págs. 85 y 86.

A la misma dirección de pensamiento responde SÁNCHEZ ROMÁN cuando afirma: "Al comisario le estaba prohibido (ley 31 de Toro, 1.ª, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.) nombrar heredero, mejorar, desheredar, sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni en otra forma cualquiera, ni nombrar tutor, a no ser sujetándose estrictamente a lo que sobre cada una de estas cosas se dispusiera en el poder, o sea, limitándose a reproducir en el testamento que otorgara el comisario lo que el comitente consignó en aquél. Este criterio de las leyes de Toro respondió al propósito de evitar los fraudes o excesos de los comisarios, que las mismas se propusieron corregir; pero hizo completamente inútil esta forma excepcional de testar, porque si el poder era general, testaba la ley, y si era especial, testaba el mismo poderdante" (*Estudios de Derecho civil*, VI, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1910, pág. 315).

(122) Refiriéndose a las costumbres de Bergantiños, escribía VICENTE STOLLE Y ALVAREZ, antes del Código civil que era frecuente facultar al cónyuge viudo para designar al hijo en quien había de recaer el derecho de vivir y morir en el lugar (*De la compañía gallega*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 68, 1886, pág. 57).

(123) *Derecho civil de España, Parte general*, I, pág. 318. nota 3.

artículo 12 del Código civil, y proponer se inserte en el Apéndice que ha de redactarse para el Derecho especial de Galicia, la norma que permita considerar plenamente válidas las fórmulas notariales de que antes hicimos mención, no sólo la que autoriza a mejorar al hijo que se case para la casa petrucial, con el consentimiento del cónyuge superviviente del causante, sino también la que otorga a éste de modo directo la facultad de atribuir la mejora, ni más ni menos que ocurría bajo el régimen de las Leyes de Toro (124).

¿Es, acaso, temerario pretender para Galicia que se dé viabilidad a una fórmula que tiene cauce adecuado en Cataluña, Mallorca, Vizcaya, Navarra, Aragón y en los territorios de Derecho común, donde se practican las capitulaciones matrimoniales?

Mallorca y Navarra conservan, por vía consuetudinaria, lo que, por vía consuetudinaria, se ha venido viviendo en Galicia antes y después del Código civil (125).

Y Vizcaya aplica como supletorio el viejo Derecho castellano, por vía consuetudinaria también (126).

¿No quisieron extender en este punto los redactores del Código civil de 1851, y siguiendo sus pasos los del 89, el criterio de las legislaciones forales? (127).

Negar validez a esas cláusulas sería notoria injusticia para Galicia en tema ciertamente grave.

(124) SÁNCHEZ ROMÁN afirma, al estudiar el art. 831 del Código civil, que en el fondo "se percibe la nota de *delegación* característica del testamento por comisario" (*Estudios*, VI, 2.º, pág. 1214). Y VALVERDE califica de comisario al cónyuge superviviente (*Tratado de Derecho civil español*, V, 4.ª ed., Valladolid, 1939, pág. 285).

(125) La sentencia de 16 de marzo de 1932 no puede ofrecerse como obstáculo por ser declaración aislada que no constituye jurisprudencia.

(126) RODRIGO JADO escribe: "como el Derecho común vigente, el Código civil, prohíbe el testamento por comisario, hay imposibilidad de que sea supletorio el Fuero en esa materia, luego necesariamente tiene que serlo el Derecho común anterior, que admitía esa clase de testamento; y si no se quiere conceder el que sea supletorio como tal Derecho común por haberlo derogado el Código civil en su disposición final, vendrá a ser supletorio como Derecho consuetudinario" (*Derecho civil de Vizcaya*, 2.ª ed., Bilbao, 1923, pág. 269).

(127) Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, págs. 107 y 108.

Dos aspectos de la partición hecha por el testador

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor Adjunto de Derecho civil
en la Universidad de Granada

SUMARIO: *Preliminar.*—*Primer aspecto: Sólo el testador puede partir.*—I. *Opinión de ROCA SASTRE y refutación de la misma.*—II. *Jurisprudencia.*—III. *Doctrina.*—*Segundo aspecto: La partición debe llevar a la práctica el acto dispositivo.*—I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *La doctrina.*—III. *La jurisprudencia:* 1. *Jurisprudencia en la que se mantiene que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima:* A) *Sentencias del Tribunal Supremo en las que se hace explícitamente tal afirmación;* B) *Sentencias en las que se contiene implícitamente;* C) *Resoluciones de la Dirección General;* 2. *Jurisprudencia en la que se requiere que la partición se atenga al acto dispositivo;* 3. *Jurisprudencia en la que se recoge explícitamente el artículo 1.075;* 4. *Jurisprudencia en la que se exige que la partición hecha por el comisario lleve a la práctica las disposiciones testamentarias.*—IV. *El artículo 1.075 del Código civil:* 1. *Precedentes históricos;* 2. *P 6, 15, 9, no es precedente del artículo 1.075, sino del artículo 1.070, 1.º;* 3. *La partición hecha por el difunto en el Proyecto de 1851;* 4. *El artículo 1.075 del Código y el 923 del Proyecto;* 5. *Interpretación que da nuestra doctrina al artículo 1.075;* 6. *Nuestro punto de vista sobre dicho artículo:* A) *El artículo 1.075 del Código modifica lo que decía el 923 del Proyecto;* B) *Lo que realmente dice el artículo 1.075;* C) *Los términos “difunto” y “testador” utilizados en el artículo 1.075;* D) *Disposición y partición;* E) *La partición que discrepe de la disposición no prevalece contra ella, sino que es impugnabile por lesión;* F) *Las palabras “aparezca o racionalmente se presume que fué contra la voluntad del testador” se refieren a que la partición discrepe de la disposición, y no a que el testador permita impugnar por lesión, aunque ésta no alcance a la legítima;* G) *Lesión, impugnabilidad por lesión, discrepancia entre disposición y partición, y “otra voluntad del testador”, coinciden siempre;* H) *Tres fórmulas en que se puede verter el sentido del artículo 1.075;* I) *El artículo 1.075 permite impugnar por lesión la partición hecha por el testador siempre que haya lesión.*—

V. *Concepto de lesión*.—VI. *Si la lesión debe ser en más de un cuarto*. VII. *Momento en que debe apreciarse*.—VIII. *Verdadero sentido del artículo 1.056*.—IX. *Lesión y evicción*: 1. *Relaciones entre ambas*; 2. *Vicios ocultos*; 3. *Si no debe existir obligación de garantía*.—X. *Conclusión*.

PRELIMINAR

Si el artículo 1.056 hubiese dicho: “Cuando el causante hiciere por actos inter vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto se ajuste a *lo dispuesto* en el testamento o, en su defecto, en la ley”, y el 1.075 se hubiese expresado: “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que no se atenga a los términos del *llamamiento testamentario o legal*”, ambos artículos habrían dado lugar, sin duda, a menos quebraderos de cabeza. Si, aun sin esto, el legislador hubiese empleado otras palabras distintas de las que emplea en dichos artículos, hubiese sido, probablemente, mucho más fácil poder suponer que no quería decir lo que—según un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia—debió pretender, o hubiese sido, al menos, relativamente menos difícil poder interpretar ambas normas de alguna manera que permitirse evitar una flagrante contradicción legal y unas consecuencias inadmisibles, según creemos. Pero no, a lo que—según ese sector de nuestras doctrina y jurisprudencia—parece, el legislador quiso dejar sentadas, y bien sentadas, dos cosas y resueltas dos cuestiones: una, que la partición sólo podía practicarla el testador; otra, que esa partición sólo podría impugnarse por lesión en el caso de que perjudicase la legítima. Casi podríamos decir que para conseguir éstos fines—si realmente fué esa su intención—utilizó, con lamentable acierto, expresiones que, a primera vista, no sólo vertían con claridad su pensamiento, sino que hacían tarea erizada de obstáculos la de tratar de encajar dentro de ellas un sentido distinto y—por lo que respecta a la segunda cuestión—ortodoxo.

De la verdad de estas afirmaciones no hay mejor prueba que el echar una ojeada a los artículos en cuestión: “Cuando el testador—dice el 1.056—hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.” “La partición hecha por el difunto—remacha el 1.075—no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador.”

Sólo en las dos cuestiones antedichas vamos a parar nuestra atención. En la primera: si puede partir todo causante o sólo el testador, nos detendremos lo imprescindible para ratificar una opinión que ya emitimos, y para mostrar la relación que su solución tiene con la segunda. De ésta vamos a hacer un examen más detenido en atención a su trascendencia.

PRIMER ASPECTO

SÓLO EL TESTADOR PUEDE PARTIR

Hemos dicho en otro lugar (1) que respecto a quién sea el que pueda partir su herencia, nuestra postura es: 1.º) entender que el Código sólo se lo permite al testador; 2.º) entender, asimismo, que sería razonable autorizar, también, para ello, al que muere abintestato. En las mismas condiciones que se permita hacerlo a uno se debe permitir hacerlo al otro, porque no hay fundamento alguno en que basar tal disparidad de criterios.

I. Opinión de Roca Sastre y refutación de la misma

Después de escrito ese trabajo nuestro, a que aludimos, hemos leído el recientemente aparecido tomo II de los *Estudios de Derecho privado* de ROCA SASTRE, dedicado a Sucesiones, y en el tema titulado "La partición de la herencia por acto inter vivos", hemos observado que sostiene tajantemente: "Está facultado para hacer la partición, no sólo el testador, sino el causante en general, o sea, incluso quien muere intestado" (2).

Debemos advertir, por no haber cambiado de idea, nuestra falta de coincidencia con su afirmación. Así que, a pesar de continuar deseando que fuera lo que él afirma que es, no por eso mantenemos menos firmemente que ni realmente lo es ni admitimos que el que lo afirme esté en lo cierto.

Alega ROCA escasas razones. "Dicho artículo 1.056 del Código —dice—habla de *testador* y no de *causante*. El Proyecto de 1851 hablaba del difunto, y también lo hace así el artículo 1.075 del Código civil. La sentencia de 13 de junio de 1903, en rigor, viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partición de su herencia, tanto el testador como el que fallece intestado, pues en ella se dice que el causante debe sujetarse a la norma de un testamento... o a las reglas de un abintestato" (3).

Fundamentalmente militan en contra de estos débiles argumentos razones mucho más numerosas y de más peso.

Nos parece, en primer término, que es muy de tener en cuenta el propio artículo 1.056, que, siendo el que concede la facultad de partir, sólo habla del testador. Con esto debería bastar. Por si no es así, aún hay más. El artículo 1.057 dice: "El *testador* podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la sim-

(1) En un trabajo titulado *¿Causante-partidor o testador-partidor?*, que no hemos publicado por habernos servido para ser admitidos a las últimas oposiciones convocadas a Cátedras de Derecho civil.

(2) Pág. 379.

(3) Ob. cit., págs. 379 y 80.

ple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos". O sea, puede encomendar la simple facultad de hacer la partición aquel que puede hacerla por sí: el *testador*. El artículo 1.058 se expresa así: "Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad...". Aquí no observamos por ningún lado la concesión de la facultad de partir al *causante*. En el artículo 1.070 se lee: "La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º) Cuando el mismo *testador* hubiese hecho la partición...".

Frente a todo esto no tiene ninguna fuerza alegar que el artículo 1.075 dice: "La partición hecha por el *difunto*...", para probar que todo difunto pudo partir, ya que aunque se exija testamento para poder partir, no es inexacto hablar de *difunto*, porque no cabe duda que el término cuadra también al testador que ya murió. Se podrá decir que todos los difuntos no son testadores, pero se puede responder que para que se aplique el artículo 1.075 es imprescindible que el testador sea difunto. Este artículo no incurre en ninguna equivocación ni es base para afirmar que puede partir *todo difunto*—causante—, porque sólo le incumbe la misión de enlazar un supuesto de hecho: "cuando la partición hecha por el *difunto* se encuentre en tales y tales circunstancias", con una consecuencia jurídica: "se producirán tales efectos".

La existencia de particiones hechas por difuntos es algo perfectamente posible, según nuestro Derecho, lo mismo que es perfectamente posible la existencia de un llamado a ser heredero que repudie la herencia. Sin embargo, porque el artículo 1.001 diga: "si el heredero repudia la herencia...", no hay fundamento para afirmar que *todo* heredero puede repudiarla. No pueden repudiarla aquellos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de ella (art. 1.002) (3 bis).

Ni el artículo 1.075 prejuzga que *todo* difunto pueda *partir*, ni el 1.001 que *todo* heredero pueda *repudiar*. Para eso, para decir qué difuntos podían haber partido—los que hubiesen testado—y qué herederos pueden repudiar—los que no hayan sustraído u ocultado ningún efecto de la herencia—, hay otros artículos: el 1.056 y el 1.002.

Ni el 1.075 prueba que *todo* difunto pueda partir ni el 1.001 que *todo* heredero pueda repudiar.

Hemos de añadir que no solamente no se les debe traer como piezas probatorias, sino que tampoco habría por qué traer a colación el 1.075, ni siquiera para insinuar que al hablar de *difunto* se dé pie para entender que la facultad de partir no se reserva exclusivamente al testador. Y esto, porque no es preciso decir: "La partición hecha por el difunto, que pueda hacer particiones—testador—...". Y no lo es tampoco: "Si el heredero, que pueda repudiar, repudia...". No es necesaria ninguna de ambas cosas porque en la mente de todos está, y la manera común y usual de expresarse así lo indica, que, por omitirlas, ni se modifica lo dicho en el artículo precedente, sobre quiénes pueden

(3 bis) Como es a meros efectos de ejemplo, preferimos no utilizar el supuesto del art. 1.001.

partir su herencia, ni se permite repudiar, a pesar del artículo 1.002, al que oculta o sustrae algún efecto de ella.

En resumen, para ver a quién concede un derecho la ley, hay que acudir a la norma donde se concede, y, contra lo que ésta diga, no cabe aducir cualquier dudosa interpretación de lo dicho en otras normas, y menos en un supuesto como éste, en el que es perfectamente posible y, aún más, marcadamente indicada—en vista de toda una serie de artículos: 1.056, 1.057, 1.058, 1.070—una interpretación del 1.075 que lleve a una solución armónica. Porque es que, a más de todo lo anterior, hemos de advertir que si alguien, como ROCA SASTRE, pudo entender que el artículo 1.075—al decir: “La partición hecha por el *difunto*”—tiene un comienzo desfavorable para la tesis que mantenemos, no podrá ese alguien negar que el final—“... la voluntad del *testador*”—abona decididamente nuestro punto de vista (4).

Otra prueba de que nuestro Código permite partir su herencia sólo al testador, es el sistemático cambio que se nota, respecto del Proyecto de 1851, del término *difunto* por el término *testador*.

El artículo 899 del Proyecto—correspondiente al 1.056 del Código—hablaba de difunto. Lo mismo hacía el 902—correspondiente al 1.058—y el 918—correspondiente al 1.070, apartado 1.º—. En todos ellos se sustituyó difunto por testador. Incluso al recoger el artículo 1.057 del Código, en su párrafo 1.º, el contenido del artículo 900 del Proyecto, se cuidó muy bien el legislador de advertir que quien podía encomendar a otro la simple facultad de hacer la partición de su herencia era el *testador*. Esto es de tener en cuenta porque el artículo 900 del Proyecto, dando por sabido que se refería al difunto, sólo decía: “La simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera, con tal que no sea uno de los coherederos”.

Todo ello muestra que el hablar el artículo 1.075—correspondiente al 923 del Proyecto—de *difunto* no es argumento para justificar la tesis de ROCA. Y menos siendo el único dentro del Código.

II. Jurisprudencia

La jurisprudencia, aunque en una primera sentencia de 13 de junio de 1903 decidió que podía partir *todo* difunto, cambió posteriormente su orientación, y en las sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945 se inclina por entender concedida la facultad de partir exclusivamente al testador.

La sentencia de 6 de marzo de 1945 dice: “La doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la *dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto,*

(4) Sobre el sentido de *difunto* en su relación con *testador*, en el art. 1.075, véase más adelante.

como decía el artículo 899 del Proyecto de 1851), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, *implica un acto de última voluntad*. Siguiendo esa misma orientación, la doctrina de esta Sala tiene declarado: *que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior*, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean, las de la sucesión intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917)...”

Creemos que la sentencia se expresa con suficiente claridad para no dejar lugar a dudas.

Como dato curioso referente a la sentencia de 13 de junio de 1903, podemos añadir que COVIÁN, que fué ponente de ella, cree que del artículo 1.056 se deduce claramente que el Código sólo autoriza a partir al testador. Y, lo que es más notable aún, afirma que siguiendo esta pauta la sentencia de 13 de junio de 1903 exige que exista un testamento (5).

Ante ello cabe pensar que, salvo una confusión de COVIÁN, ésa única flamante sentencia que permitía partir a todo causante lo hizo por *error impropio u obstativo* (6).

III. Doctrina

Finalmente, la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, y la inmensa mayoría de los autores de la doctrina patria (MANRESA, SCAEVOLA, OYUELOS, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, CASTÁN, BONET, etc.) opinan que sólo puede partir el testador.

En contra de la tesis que defendemos sólo conocemos las opiniones de DE BUEN (7), y MARÍN LÁZARO (8). Claro que la de éste tiene, en definitiva, como causa el creer que en nuestro Derecho existe, admitido por el artículo 1.056, el tipo de donación-partición acogido en el Derecho francés y en algunos otros. En cuanto a la de DE BUEN se puede atribuir a los términos de la sentencia de 13 de junio de 1903, la cual, sin más comentarios, transcribe.

(5) En el artículo *Partición de herencia*, “Enciclopedia jurídica española” SEIX, t. XXIV, pág. 360.

(6) Sobre la inexactitud que supone el que en la sentencia de 6 de marzo de 1945 se invoque la de 13 de junio de 1903 para demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó en todo momento que sólo estaba permitido partir al testador, puede verse nuestro trabajo antes citado. También en él las razones por las que, sin lugar a dudas para nosotros, la sentencia de 13 de junio de 1903 permite partir a todo causante.

(7) En COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. VIII. Madrid, 1928, pág. 434.

(8) *La partición de la herencia hecha por acto inter vivos*, en “Rev. General de Legislación y Jurisp.”. 1944. t. 176, págs. 213 y sgs.

SEGUNDO ASPECTO

LA PARTICIÓN DEBE LLEVAR A LA PRÁCTICA EL ACTO DISPOSITIVO

I. Planteamiento de la cuestión

No es este segundo punto de la partición practicada por el testador un punto en el que reine precisamente la unanimidad. Jurisprudencia y doctrina proporcionan opiniones dispares. El Tribunal Supremo, alguna vez, advierte que la partición ha de ajustarse a lo *dispuesto* en el testamento, mientras que otras—la inmensa mayoría—proclama que, como claramente se desprende del artículo 1.056, la partición no tiene más límite que el de no perjudicar la legítima, y que, mientras que ésta no sufra perjuicio, no solamente no puede atacarse la partición realizada por el testador, sino que tampoco puede impugnarse la que realice el comisario nombrado por aquél.

Algo semejante pasa en la doctrina. Junto a quien repite las palabras del Código, se hallan los que consideran que el testamento, como norma fundamental que regula la sucesión, debe respetarse en la partición, y pretenden, con más o menos fundamentos y acierto, conciliar esa afirmación con los artículos 1.056 y 1.075. Al lado de ambos, no faltan quienes expresamente llegan a asegurar que la partición no ha de ajustarse a las cuotas o partes determinadas en la disposición por la que se llama a suceder. A lo cual, si se le añade que algunos creen con facultad para partir a *todo* causante, resulta que el testamento es un inútil negocio jurídico que no es, ni con mucho, imprescindible para disponer *mortis causa*. De otro modo—con la partición—el causante puede dar a la herencia un destino distinto del que le da la ley en la sucesión intestada. Y ya, si se enlazan con esto las facultades que se reconocen en el comisario—las mismas que para partir tenía el que le confiere el encargo—nos encontramos con que lo que sucede es que el que puede hacer, sobre poco más o menos, lo que le plazca con nuestra herencia, salva la legítima—¡qué menos!, puesto que ni el propio causante puede violarla—, es el comisario que nombramos para partirla.

Esto que, dicho así, parece un respetable conjunto de inexactitudes—lo cual no quiere decir que no lo sea—, adquiere, sin embargo, un consistente fundamento cuando se comprueba que el Código realmente o lo dice o le falta muy poco.

II. Doctrina

DE BUEN (9), CASTÁN (10), etc., transcriben las palabras del Código, y este último advierte: “Atento el Código al principio de que la

(9) Ob. cit., t. cit., págs. 433-34 y 446.

(10) *Derecho civil (Notarías)*, 6.ª edic. t. IV, pág. 218. Véase también página 249.

voluntad del causante es ley fundamental de la sucesión, concede al testador facultad amplísima para hacer por sí la partición, sin otro límite que el respeto debido a las legítimas.”

BONET, que en su *Derecho de familia y sucesiones* (11) transcribe —como decimos— las palabras del Código, en el comentario a la sentencia de 6 de marzo de 1945 dice: “En cuanto al modo de practicar la partición, el testador es libre y sus herederos han de pasar por lo que haga, en tanto no perjudique la legítima de los forzosos. El perjudicado tiene el recurso del artículo 1.075, en relación con el 815, o sea, la petición del complemento de su legítima” (12).

MANRESA, después de ensalzar la posibilidad de partir su herencia que concede nuestro Código a los testadores, distingue entre disposición de los bienes—designación del sucesor—y partición o división de los mismos: “Esta designación es el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, y ese acto forzosamente ha de contenerse en el testamento, por lo cual es siempre un acto de última voluntad, que requiere las formalidades propias de éste, según los casos. Después viene la segunda parte, la *división ajustada a las bases de aquella disposición*, y esta división es la que puede hacer el testador en el mismo testamento, en otro distinto o en acto entre vivos” (13).

Así, pues, parece inclinarse MANRESA por que la división debe atenderse a la disposición. Y lo mismo cuando advierte: “Por lo demás, la voluntad del dueño de los bienes siempre ha de respetarse; pero sus efectos serán los procedentes según la naturaleza del acto principal que es el de disposición de los bienes” (14).

Pero poco después se decide claramente por afirmar que “el testador es enteramente libre en la manera de realizar la partición. El artículo 1.056 sólo le impone dos condiciones: 1.ª) que esté practicada por él mismo. 2.ª) que no perjudique la legítima de los herederos forzosos” (15).

Recalca MANRESA que “la partición es válida *en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*” (16), y admite que el testador pueda “extralimitarse al partir, adjudicando bienes por cuotas mayores que las asignadas por la ley o en el testamento” (17). Y todo esto lo ratifica definitivamente al comentar el artículo 1.075, diciendo: “La única excepción es la consignada en el artículo 1.075. La partición hecha por el difunto sólo puede ser impugnada, por causa de lesión, en los tres casos siguientes: a) Cuando se perjudique la legítima de los herederos forzosos. b) Cuando el testador, al hacer la partición,

(11) Págs. 619 y 629.

(12) “Rev. de Derecho privado”, 1945, pág. 450.

(13) *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 6.ª edic. revisada por BONET, Madrid, 1943, pág. 635.

(14) Ob. cit., t. cit., pág. 636.

(15) Ob. cit., t. cit., pág. 637.

(16) Ob. cit., t. cit., pág. 638.

(17) Ob. cit., t. cit., pág. 664.

expresamente establezca que pueda ser rescindida por causa de lesión. c) Cuando racionalmente se presuma que fué esa su voluntad" (18).

SCAEVOLA, sin tener ni siquiera el titubeo inicial de MANRESA, afirma categóricamente, lo mismo al comentar el artículo 1.056 que al tratar del 1.075, que da por bueno lo hecho por el testador al partir con tal de que no viole las legítimas: "Si ese testador, al llevar a cabo por sí mismo la partición de su herencia, concede, por razón de la estimación que haga o mande hacer de los bienes que adjudique a determinados herederos o legatarios, menor cantidad que la fijada previamente en su testamento, esa disposición será la que en último término habrá de prevalecer, y a ella habrán forzosamente de prestar su aquiescencia dichos herederos, ya que procede de la liberalidad y merced voluntaria del que dispuso de su hacienda, y con eso contará de más en su patrimonio el favorecido con dicha merced... Podría objetarse (y eso con argumentación admisible nada más que en el Derecho constituyente) que si se establece esa preferencia en favor de lo último resuelto por el difunto acerca de sus bienes, se da a tal resolución el carácter de un verdadero testamento posterior, que deroga el anterior, en ocasiones; y entonces aquél puede, a veces, no reunir todas las condiciones intrínsecas y extrínsecas que obligan ineludiblemente a todo testador al disponer en forma eficaz de su fortuna para después de su muerte. Si ese caso se diera, "*dura lex, sed lex*"; el precepto escrito está terminante, y a no borrar nuestro artículo 1.075, lo mandado por el legislador, en el supuesto concreto que explicamos, debe tener el cumplimiento que las terminantes y no vagas palabras del legislador exigen" (19).

Parecidamente se manifiestan COVIÁN (20) y FALCÓN (21). Para éste, "si la partición la practica el mismo testador, al heredero no le asiste más derecho que el de reclamar contra la parte referente a la legítima, si en ella se le ha irrogado algún perjuicio. Si el heredero no tiene porción legítima, no le asiste tampoco derecho alguno para oponerse a la operación que hubiere dejado hecha el testador".

Finalmente, la interpretación de los artículos 1.056 y 1.075, en el sentido que venimos viendo, culmina con las afirmaciones de ROCA SASTRE y de MARÍN LÁZARO. "Téngase en cuenta—dice el primero—que, según resulta del artículo 1.056 del Código, el causante puede distribuir sus bienes con entera libertad, o sea, sin sujetarse a las cuotas o particiones que, según la institución o el llamamiento legal, corresponden a los herederos, pues esta partición sólo cabe impugnarla en el caso de perjuicio de legítimas o cuando el causante hubiera sufrido error en la partición. Pero en estos casos, en rigor, no habrá verdadera partición, lo que demuestra que en la partición hecha por el causante

(18) Ob. cit., t. cit., pág. 760.

(19) Código civil español, t. XVIII, Madrid, 1901, pág. 445.

(20) Ob. cit., loc. cit., págs. 359 y 382.

(21) *El Derecho civil español común y foral*, 6.ª edic., Barcelona, 1902, t. III, pág. 441.

hay algo de disposición unilateral de bienes" (22). "En ninguna parte—dice el segundo—preceptúa la ley que toda disposición sobre la herencia futura haya de ser hecha en un testamento. Ya el artículo 1.271, permitiendo los pactos sobre ella, da a entender que no siempre es el testamento la única forma insustituible de dictar disposiciones testamentarias" (23).

Orientación distinta a la anterior se ve en VALVERDE, DE DIEGO y SÁNCHEZ ROMÁN. Recogen las afirmaciones del 1.056 y del 1.075, pero se advierte en ellos el deseo de una exégesis moderadora que, a veces, les lleva a contradecirse. Así VALVERDE, después de sentar que "el Código español confiere amplia facultad al testador para hacer por sí la partición, *sin más limitación que la general de no perjudicar a las legítimas*", y que "esta facultad es tan absoluta que lo mismo es aplicable a los testadores que tengan o no herederos forzosos, pues la partición hecha por el propio testador es, desde luego, un acto válido, y *no puede tener otro vicio de rescisión que el perjuicio a la legítima de los herederos forzosos*, y los herederos han de pasar por ella, sin que sea preciso que éstos la aprueben y presten su consentimiento"; afirma "que si la partición fué hecha en acto mortis causa, puede hacerse a continuación del mismo testamento o bien en otra disposición mortis causa posterior con las solemnidades debidas para testar; *pero si el testador hace la partición inter vivos, debe sujetarse a lo por él dispuesto en el testamento*", y añade: "*Si la partición está hecha inter vivos puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante*, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por acto posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella, por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, debe prevalecer sobre la expresada en el testamento".

Naturalmente, ello es razonable; pero, después de decirlo, no cabe afirmar, como hace nuevamente VALVERDE, que "*como quiera que los herederos han de pasar por la partición hecha por el mismo testador, mientras no perjudique a las legítimas, es libre aquél para hacerla como quiera*" (24).

DE DIEGO, después de estudiar los preceptos legales, advierte: "No obstante esto, forzoso es reconocer que esa autopartición del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), o con las bases en él

(22) Ob. cit., pág. 381.

(23) Ob. cit., loc. cit., pág. 231. Desde luego, el testamento es la única forma de dictar disposiciones testamentarias, aunque crea MARÍN LÁZARO (y con razón, debido a escasas excepciones entre las cuales no se cuenta el art. 1.056) y quiera probablemente decir, que no es la única de dictar disposiciones de última voluntad.

(24) *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª edic., Valladolid, 1926, t. V, páginas 578-79-80.

establecidas, con la voluntad misma que le informe; puede también, por el tiempo transcurrido desde que se hizo hasta la muerte del testador, haber variado la composición del patrimonio (enajenaciones, accesiones...) y aun de la familia misma por muerte de uno de ellos o por supervivencia de hijos...; en tales casos, como si la partición estuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a los tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aun a promover el juicio de testamentaria, como ya fué reconocido por la jurisprudencia (S. 29 noviembre 1889) para caso anterior al Código civil, en que se aplicaba la legislación antigua" (25).

Por último, SÁNCHEZ ROMÁN entiende que "la partición de la herencia es la ejecución del testamento, y uno y otra son actos que, como todos los jurídicos, necesitan conformarse exactamente con las leyes que los regulan; pero, así como el testamento está sujeto sólo a las leyes generales, la partición lo está de modo indirecto a aquéllas a través del testamento mismo y de modo directo a éste, que es su ley especial". De lo cual, atinadamente, deduce: 1.º Que "en toda partición hecha por el propio testador puede haber una causa natural de limitación más —más que la legítima— a su eficacia, cual es la de que la división de la herencia por él formulada no se ajuste a sus disposiciones testamentarias; a no ser que dicha división estuviere hecha, bien a continuación, en el mismo testamento, bien en otra disposición mortis causa posterior, con las solemnidades debidas para testar, pues en ambos casos las cláusulas de partición se ha de suponer que rectifican las de institución, a pesar de la unidad del acto interpretado con arreglo al criterio legal del artículo 675, por ser esto lo que "aparezca más conforme a la intención del testador" (26), o que la partición hecha en siguiente acto mortis causa, aunque se diga relativa a la ejecución de la anterior, constituye una nueva y revocatoria manifestación solemne de voluntad de la misma en los puntos en que ambas sean contradictorias". 2.º Que, "por tanto, será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por acto inter vivos y no se ajuste exactamente a la ley que deba regirla, que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos inter vivos, no obstante ser notorio su cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición, para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho".

"Así fijada la doctrina—concluye—, resulta que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más

(25) *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, pág. 246.

(26) En este sentido, dice también MAURA: *Dictámenes*, t. IV, Madrid, 1939, página 260: "Cuando un testamento encierre adjudicaciones específicas mal acomodadas a los nombramientos de herederos o legatarios fácilmente se impondrán aquéllas sobre éstos, según la intención, que forma el alma de la verdadera ley sucesoria".

que la de ajustarse al testamento, bien anterior y separado que aquél otorgara, bien conjunto o simultáneo de la partición misma; pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella a la legítima de los herederos forzosos, afecta realmente a la disposición testamentaria y no a la partición. Lo absoluto de los términos literales del artículo 1.056, al decir *se pasará por ella*, refiriéndose lo mismo a la partición que el testador hiciera por acto entre vivos que por última voluntad, sin más limitación expresa que la de que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pudiera creerse que se opone a esta doctrina; pero no debe entenderse así, si se tiene en cuenta que equivaldría a echar por tierra todas las formas de la testamentificación y a autorizar que se testara en este caso sin las debidas solemnidades”.

Admite SÁNCHEZ ROMÁN tres casos de impugnación—por lesión—de la partición hecha por el testador, basados en el artículo 1.075: 1.º) Cuando perjudique la legítima. 2.º) Cuando el testador disponga *expresamente* que pueda impugnarse en caso de lesión, aunque ésta no alcance a la legítima. Esto es lo que, para él, significa el artículo 1.075 al decir: “cuando *aparezca* que fué otra la voluntad del testador”. 3.º) Cuando *racionalmente* se presuma que *fué otra la voluntad del testador*, o sea, existencia de voluntad, *no expresamente* manifestada, de que la partición se rescinda en caso de lesión. Advirtiendo que “cuando exista contradicción entre la partición que hizo el testador y el testamento, habrá que subordinar aquélla a éste, que es la ley de su voluntad, mientras que aquélla no pasa de ser su ejecución más o menos fiel” (27).

III. Jurisprudencia

El Tribunal Supremo ha tenido múltiples ocasiones de manifestar su punto de vista respecto al problema que tratamos. La jurisprudencia es abundante y casi uniforme. Por lo general, siempre entiende que el testador goza de amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima. Sin embargo, en algún caso, estima que ha de ceñirse al acto dispositivo testamentario.

No solamente ha afirmado el Tribunal Supremo expresamente ambas cosas, sino que, al emitir fallos en casos de partición hecha por comisario, ha ratificado implícitamente la primera. En efecto, ha entendido también dicho Tribunal repetidas veces que el comisario tiene como único límite de la facultad de hacer la partición el de respetar la legítima. Ello es claro, implica entender que ese es, asimismo, el único límite que se impone al testador. La razón, obvia por demás, es la siguiente: aunque nosotros no lo admitamos, por las razones que luego veremos, sería algo quizá admisible—dentro de lo inadmisible—entender que, en los casos en que parte el testador, no tiene más cor-

(27) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª edic., t. VI, vol III, págs. 1986-87-88 y 2114.

tapisa que la de los derechos legitimarios, mientras que en los que lo hace el comisario, debe éste atenerse a lo dispuesto en el testamento. Pero es totalmente inadmisibile la hipótesis de que el testador haya de partir según lo dispuesto en el testamento, mientras que el comisario sólo tenga el límite de la legítima. O sea, la afirmación de, que por la partición hecha por el comisario se deberá pasar si no perjudica la legítima, implica, racionalmente, la de que sin ese perjuicio, también se deberá pasar por la hecha por el testador.

I. *Jurisprudencia en la que se mantiene que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima.*

· Dicho esto, vamos a recoger la jurisprudencia en la que explícita o implícitamente se adopta la primera postura, es decir, la de que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima. En primer lugar, las SS. de nuestro T. S.

A) *SS. del T. S. en que se hace explícitamente tal afirmación.*

Sentencia de 28 de diciembre de 1896: "El testador tiene amplia facultad de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes sin más limitación que la general de no perjudicar las legítimas de los herederos forzosos y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según disponen los artículos 1.056 y 1.057, y lo sanciona el artículo 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia de este Tribunal"... "el auto recurrido, al mandar que se proceda al nombramiento de contadores en la forma determinada en el artículo 1.070 de la ley de Enjuiciamiento civil, prescindiendo del nombrado por la testadora, al que deben someterse, según queda expresado, todos los herederos, salvo los recursos de los forzosos en cuanto se perjudiquen sus derechos legitimarios, infringe las leyes y la doctrina invocadas en los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º y aplica indebidamente los artículos 1.039 y 1.070 de la ley de Enjuiciamiento civil".

Sentencia de 17 de mayo de 1910: "Según doctrina establecida por este Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, el testador tiene facultad para hacer por sí y confiar a otras personas la partición de sus bienes y derechos, sin más limitaciones que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos".

Sentencia de 11 de marzo de 1922: "Todo testador está facultado de derecho para hacer por sí o encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos".

Sentencia de 8 de mayo de 1926: "El testador, en los artículos 1.039, 1.045 y 1.046 de la propia ley—de Enjuiciamiento civil—, está facultado para prohibir que se promueva dicho procedimiento con tal que haya designado una o varias personas que con el carácter de albaceas conta-

dores, o cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria, siendo aquella prohibición y las distintas reglas que, separándose de las ordenadas en la repetida ley Procesal, haya podido establecer el causante, de ineludible acatamiento para los herederos voluntarios, pero también para los herederos forzosos, a menos que estos últimos resultasen perjudicados o gravados en su legítima... Considerando que esto mismo es lo que se halla ordenado posteriormente en el Código civil, puesto que, reconociendo en su artículo 658 la facultad que tiene el testador para establecer la ley que regula la sucesión de sus bienes y derechos, condiciona, sin embargo, esta libertad, con la reserva que hace en el 806 en favor de los herederos llamados forzosos; y de ahí que este Tribunal Supremo, aplicando los artículos 1.056 y 1.057 del expresado Cuerpo legal, en armonía con los citados por la ley de Procedimientos, tenga declarado con repetición que tanto si aquél deja hecha por sí la partición como si la encarga a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, esto debe acatarse, mientras no se perjudique la legítima de aquellos a quienes no puede privarla ni restringirla el testador”.

Sentencia de 3 de diciembre de 1931: “... porque sin negar al heredero forzoso el derecho de promover el indicado procedimiento—juicio voluntario de testamentaria—, aun cuando el testador hubiese nombrado contadores partidores, ese derecho hay que subordinarlo al del testador de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima y de no dar ese encargo a uno de los coherederos”.

Sentencia de 7 de enero de 1942: “El artículo 61 también invocado en este motivo como infringido se refiere a determinados actos que la mujer casada realice, pero no se refiere a los que realicen los albaceas o partidores testamentarios, los cuales reciben sus facultades del testador con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, que establece que el testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, y apareciendo esta facultad como una delegación sin restricciones de la que al testador compete por virtud del artículo 1.056, hay que darle el mismo alcance y la misma eficacia que en este artículo se establecen y estimar, por tanto, que los herederos están obligados a pasar por la partición tanto si lo hace el testador como si la encomienda a otra persona, *en cuanto no perjudique a la legítima, que en este caso no existe por no tratarse de herederos forzosos, de donde se infiere, por lo que atañe a la presente cuestión, que los actos de los herederos, cualesquiera que hayan sido, con o sin la licencia marital, no han podido impedir que subsista la partición hecha por el albacea autorizado para ello*”.

B) *SS. en las que se contiene implícitamente.*

Sentencia de 22 de enero de 1913: “Reconocida al testador de un modo absoluto, tenga o no herederos forzosos, la facultad de hacer por

sí o de encomendar a otras personas la partición de su herencia, es incontestable que la practicada por los albaceas contadores y partidores designados al efecto con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, es siempre un acto válido, por el que están obligados a pasar los herederos, en cuanto no perjudique la legítima de los forzosos”.

Sentencia de 16 de febrero de 1932: Se trata en esta sentencia de otro caso de división practicada por comisario, y se declara no haber lugar al recurso de casación. En la sentencia se dice: “... de la resolución que se impugna no se desprende que el recurrente quede privado de su legítima ni que sobre ella se imponga gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie”.

Sentencia de 6 de julio de 1940: “... y además, en todo caso, porque la autoridad de esta clase de contadores no es tanta que pueda impedir que recurran a los Tribunales los lesionados en sus *derechos legítimos*”.

En estas sentencias, al declarar que, no sólo el testador, sino también el comisario, puede partir la herencia, sin otro límite que el que impone el respeto debido a la legítima, se llega a una postura que consideramos de todo punto insostenible. Sin perjuicio de que volvamos sobre ello más adelante, conviene resaltar aquí que el afirmar semejante cosa es tanto como proclamar que el comisario puede violar las disposiciones testamentarias sobre la herencia, con tal de que no viole también los derechos legítimos. Y, en realidad, esto es lo que ha proclamado el Tribunal Supremo de una forma tajante e indudable, muy especialmente cuando, en la arriba transcrita sentencia de 7 de enero de 1942, sostuvo (después de dejar bien sentado que el facultar a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, para hacer la partición, es delegar *sin restricciones* los poderes que confiere al testador el artículo 1.056) que no habiendo legítimos no es posible impedir que subsista la partición que efectuó el comisario.

C) *Resoluciones de la Dirección General.*

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado en algunas resoluciones este punto. Si en lo que se refiere al testador, ha dicho realmente alguna vez lo mismo que en las sentencias arriba transcritas dice el Tribunal Supremo; sí, también, ha concedido poderes excesivos al comisario, al menos ni ha remachado esto, sino que ha vacilado, ni se ha extendido en consideraciones poco aceptables a tal respecto.

Así, la resolución de 14 de marzo de 1901, dice: “Con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.056 puede todo testador hacer por sí la partición de sus bienes, y debe pasarse por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.”

En cuanto a la de 22 de enero de 1898, se hizo una advertencia en ella, según la cual para pasar por la partición hecha por el comisario

es preciso que ésta no altere *los derechos que deriven del testamento que es la ley primordial en la materia*. Advertencia que, verdaderamente, ni la propia Dirección tiene muy en cuenta después en la misma resolución—y por eso decimos que la Dirección vaciló—ni en otra de 15 de julio de 1943, pero que siquiera muestra, en todo caso, un impulso tendente a rechazar la concesión al comisario de plenos poderes, salvo la legítima.

Dice así la citada resolución de 22 de enero de 1898: “Considerando que el artículo 1.056 de dicho Código confiere al testador de un modo absoluto, sin distinguir el que tiene herederos forzosos del que no los tiene, la facultad de hacer por acto entre vivos y por última voluntad la partición de sus bienes, y prescribe además que *se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*;

Considerando que lo dispuesto en dicho artículo, respecto a la partición que haga el testador, es aplicable a la que, *con arreglo al testamento*, verifique la persona a quien, conforme al artículo 1.057 del propio Código, haya encomendado aquél esta facultad, ya que es principio general de derecho que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente, y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicados por éste;

Considerando que, bajo este supuesto, tanto la partición hecha por el testador como la realizada por la persona en quien haya delegado sus facultades, es, desde luego, un acto válido, cuya validez estriba en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos y *no altere la hecha por el comisario los derechos que se deriven del testamento, que es la ley primordial en la materia...*;

Considerando que, no obstante dicha facultad y la legalidad de los actos realizados en su ejercicio, el heredero que tema verse perjudicado en su legítima por no inspirarle confianza la persona del comisario, puede, para evitar el perjuicio, promover en cualquier tiempo, a tenor del artículo 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil, el correspondiente juicio de testamentaría, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, establecida en sentencias de 17 de octubre de 1893 y 14 de mayo de 1895, y si realmente cree haberlo sufrido, puede obtener, mediante la debida justificación, la rescisión de la partición *en cuanto afecta a la legítima que le pertenece*; con los cuales medios quedan completamente a salvo los derechos sucesorios y legitimarios, y se respetan, en lo que no traspasan los límites de la ley, los actos realizados por el testador o el comisario” (28).

(28) Como puede observarse, la resolución distingue entre la partición hecha por el testador y la hecha por comisario. A la primera no pone más límite que la legítima. Respecto a la segunda, requiere que se verifique *con arreglo al testamento*, y que *no altere los derechos que deriven de éste que es ley primordial*

Por último, la resolución de 15 de julio de 1943, en la que se declara: "... de tal manera que sus atribuciones—las del comisario—pueden ser muy extensas... y los herederos habrán de pasar por la partición formalizada con sujeción a las prescripciones legales, en cuanto no perjudique a la legítima de los forzosos".

2. *Jurisprudencia en la que se requiere que la partición se atenga al acto dispositivo.*

Frente a la postura que el Tribunal Supremo y la Dirección General adoptan en la jurisprudencia que hemos recogido, cabe indicar que en la que vamos a recoger a continuación se mantiene distinto criterio. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la afirmación de que el testador tiene amplia libertad para partir, con tal de que no perjudique la legítima, se va a sustituir por la de que debe respetar la partición lo dispuesto en el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de junio de 1903, ya dijo: "Considerando que el texto del artículo 1.056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, a que se refiere la sección en que figura dicho artículo, sin que exista la *norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad* de aquélla o la norma de la ley, *pues que de otra suerte equivaldría la partición hecha sin dicha norma a un modo de testar no previsto, autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos, y en especial de la forma de los mismos*, lo que es muy diferente de las consecuencias que en Derecho producen las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes;

Considerando que refiriéndose el segundo párrafo del artículo 1.271 al anteriormente citado, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1.056, es claro que dicha diferencia obliga a entender igualmente *que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal* A CUYAS REGLAS FUNDAMENTALES Y LLAMAMIENTOS DE LOS INTERESADOS DEBERÁ ACOMODARSE LA PARTICIÓN, pues ni a uno ni a otro precepto se le puede dar más alcance que el de prever y dejar hecho en vida lo que de otra suerte habría de practicar a la muerte del testador para realizar la división del caudal entre los intere-

en la materia. Pero después de decir esto, de la partición hecha por comisario, la resolución cambia de rumbo y sólo habla de que el heredero perjudicado por la partición hecha por el comisario podrá obtener la rescisión de la partición *cuanto afecte a la legítima que le pertenece.* Para continuar por el camino que había empezado, claramente se advierte que la resolución debía haber permitido la rescisión no sólo cuando la partición hecha por el comisario perjudique la legítima, sino *siempre que se desvíe de lo dispuesto en el testamento.*

sados...”, "...porque, aunque fuese verdadera partición, no se hallaba basada... en testamento alguno anterior *congruente* con la misma...”

Sentencia de 18 de mayo de 1933: “*La ley del testamento constituye la norma fundamental de la sucesión y rige, en consecuencia, todas las relaciones jurídicas derivadas de su efectividad, determinada y condicionada por la voluntad del de cuius, al crear mediante su exteriorización solemne un estado de derecho vigente e inmutable*; y en consecuencia, establecida y ordenada por el testador la derogación de la masa dividenda por medio de comisarios, vienen éstos a *sustituirse en las facultades de aquél, no por mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias*, pero en juego de plena autonomía dentro del plazo regular, como corresponde a su calidad de *iudex familiae exerciscundae*, cuyos poderes adquieren total amplitud de función, sin otras intervenciones judiciales que las decisorias en cuanto a los motivos de rescisión particional, en cuanto ésta procediere en justicia”.

Como se ve, esta sentencia no especifica cuándo se podrá rescindir la partición, sino que, en términos generales, sólo dice que “cuando ésta—rescisión—procediere en justicia”. Por lo demás, se le puede dar el sentido que le damos, ya que proclama al testamento como norma fundamental de la sucesión—lo cual no es que sea nuevo, pero sí tiene más interés dicho al tratar de las relaciones entre disposición y partición—, afirma que “*rige todas las relaciones jurídicas derivadas de su efectividad, y sostiene que crea un estado de derecho vigente e inmutable*. El añadir, después, que los comisarios—respecto de la partición—vienen a *sustituirse en las facultades del testador, no con mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias*, encierra, según creemos firmemente, la idea de que también el testador está sometido estrictamente a las cláusulas testamentarias, ya que a ellas se dice que está sometido el comisario, del cual, a la vez, se afirma que viene a sustituirse en las facultades del testador.

3. *Jurisprudencia en la que se recoge explícitamente el artículo 1.075.*

Junto a esas decisiones jurisprudenciales—unas en las que se afirma que la partición hecha por el testador no tiene más límite que el de respetar la legítima, y otras en las que se exige que la partición sea congruente con el testamento ajustándose a lo dispuesto en él—vamos a recoger unas terceras que toman las palabras del artículo 1.075. De propósito las hemos dejado para este lugar.

Naturalmente, no pretendemos que la jurisprudencia que afirma que la partición hecha por el testador sólo tiene el límite de respetar la legítima, desconozca el artículo 1.075. La razón de estudiar separadas de ella estas decisiones jurisprudenciales no es tampoco que la interpretación que en una y otras se da al artículo 1.075 sea distinta. (Como veremos a continuación, la sentencia de 6 de marzo de 1945 y, quizá, la resolución de 16 de noviembre de 1922, suponen una in-

interpretación del 1.075 igual a la que implica la jurisprudencia, ya vista, que estima que la partición hecha por el testador sólo tiene el límite de la legítima.) Separamos de esa jurisprudencia la sentencia de 6 de marzo de 1945 y la resolución de 16 de noviembre de 1922 por dos razones: 1.^a, por tratarse en ellas expresamente del artículo 1.075, y mencionarse también expresamente, por tanto, causas de impugnabilidad, por lesión, de la partición que no son el perjuicio de los derechos legitimarios; 2.^a, porque, aunque ni el Tribunal Supremo ni la Dirección General lo hayan entendido así, para nosotros, esas causas de impugnabilidad son las que sirven de apoyo inmediato para sostener que la partición hecha por el testador ha de atenerse a lo dispuesto en el testamento.

Sostener que se pasará por la partición que haga el testador en cuanto no perjudique la legítima—es decir, que sólo con perjuicio de esta es impugnabile por lesión la partición—si no es desconocer el 1.075, es entender que los otros casos de impugnabilidad que admite dicho 1.075 no pretenden crear supuestos de impugnabilidad por lesión por causas ajenas al perjuicio—de legítima—que provenga verdaderamente de la voluntad del testador, sino que pretenden evitar que subsista una partición que pudo ser inatacable, sin otro límite que el de no perjudicar la legítima, pero que no lo es por no responder a la voluntad real del testador-partidor (error en la partición, por ejemplo).

Claro que se ha de entender que, desde luego, la sentencia del Tribunal Supremo y quizá la resolución de la Dirección General que insertamos a continuación adoptan postura idéntica a la de la jurisprudencia que anteriormente vimos—en la que se sentaba que no perjudicar la legítima es el único límite impuesto a la partición que realice el testador—, ya que también se proclama en ellas que se pasará por la partición hecha por el testador, salva la legítima.

Para precisar nuestra postura en este punto de cuál sea el sentido de ambas, vamos a transcribirlas.

En primer lugar, la sentencia de 6 de marzo de 1945: “Otorgando —el Código— al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte...” “... como lo afirma el propio artículo 1.056 de nuestro Código civil, al poner, en todo caso, como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos...” “... la facultad que, en casos determinados tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión... ha de acomodarse a la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible, como lo demuestran, no sólo los artículos 1.060 y 1.080, aplica-

bles a las particiones en general, sino de un modo especial para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1.056 y 1.075, al prescribir este último que “la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador...” “... si esa rescisión pretende ser orientada, cual parece hacerlo el recurso, principalmente en el segundo de los tres puntos o apartados numerados en que este motivo está dividido, hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente no sólo con las limitadas peticiones de la demanda, ya aludidas, sino, sobre todo, con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074...” “... la Sala... proclamó, como una de las premisas fundamentales de su fallo absoluto, que el causante, en la distribución que hizo de su patrimonio, no atentó en lo más mínimo el derecho legitimario de sus hijos”.

La jurisprudencia, que entiende que la partición que practica el testador no tiene otro límite que el de no perjudicar la legítima, es indudable da por supuesta—como decíamos—una interpretación del 1.075, según la cual el testador-partidor sólo tiene el deber de respetar aquélla. Esta sentencia de 6 de marzo de 1945, igualmente, y a pesar de recoger el 1.075—diciendo que la partición hecha por el difunto puede ser impugnada en el caso de que perjudique la legítima o de que aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador—también parte de la base de que el único deber del testador en la partición es respetar la legítima, ya que dice claramente que el testador tiene amplia libertad en la distribución valorativa de los lotes sin más límite que el de no perjudicar aquélla, que este límite es el que se pone a la eficacia de la partición, que si la rescisión de ésta pretende ser orientada hacia lesión que no alcance a la legítima, chocará con el 1.075, y—finalmente—que el no haber atentado en la partición el derecho legitimario de los hijos es fundamento para rechazar la acción de impugnación de la partición.

En segundo término, la resolución de 16 de noviembre de 1922, en la que se dice: “En el supuesto de que, con arreglo al artículo 1.056 del Código civil, el testador haya hecho la partición de sus bienes... ha de pasarse por la misma en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, y no puede ser impugnada por causa de lesión, fuera de ese caso, más que cuando aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador”.

Esta resolución—reconociendo que probablemente mantiene la tesis de que el testador-partidor no tiene más deber que el de respetar la legítima—creemos que no sería excesivamente aventurado suponer que podría entenderse que da pie para interpretar el 1.075 como nosotros lo haremos después, ya que al decirse: “... y no puede ser impugnada—la partición—por causa de lesión, fuera de este caso—perjuicio de legítima—, más que cuando aparezca o racionalmente se presume que fué

otra la voluntad del testador”, no se cierra infranqueablemente el paso a la interpretación del 1.075 que defenderemos más adelante.

4. *Jurisprudencia en la que se exige que la partición hecha por el comisario lleve a la práctica la disposición testamentaria.*

Lo anterior, por lo que afecta a la partición hecha por el testador. En cuanto a la hecha por comisario, ya decíamos que afirmar que no tiene más límite que la intangibilidad legitimaria, implica aceptar, también, que ese es el único límite de la hecha por el testador. Pues bien; así como recogimos jurisprudencia en la que ese de la legítima es el único margen que se ponía a la partición hecha por comisario, vamos a recoger ahora otras decisiones en las que, cambiando también de orientación el Tribunal Supremo y la Dirección General, se indica que ha de atenderse dicho comisario a lo que se disponga en el testamento. Ello, sin embargo, no quiere decir—lo mismo que en el otro supuesto—que ese deber de respetar, en la partición, lo dispuesto en el testamento, impuesto al comisario, implique su imposición también al testador que parte por sí. O sea, de la jurisprudencia que vamos a ver, referente al comisario, creemos que no puede deducirse que implícitamente se imponga al testador el deber de respetar lo dispuesto en el testamento; pero si no esto, por lo pronto, con la modificación de sus criterios. Tribunal Supremo y Dirección General han dejado de suministrar su expreso asentimiento a una tesis que consideramos insostenible: la de que el comisario no tiene más deber, al partir, que el de respetar la legítima; y también ambos, con esa modificación de criterio, han dejado, asimismo, de aprobar tácitamente en esta jurisprudencia—que vamos a ver—en cuestión otra tesis que no nos parece acertada: la de que la partición hecha por el testador sólo ha de respetar la legítima. Lo cual, si no es apoyar el punto de vista según el cual la partición que haga el testador ha de respetar lo dispuesto en el testamento, al menos es ser neutral.

En unos casos el cambio de criterio no es brusco, podemos decir, y hábilmente se afirma que la partición es impugnabile “*por las causas que dice el Código*” (sentencia de 17 de abril de 1943), pero sin interpretar en un sentido o en otro lo que éste diga; o que se la puede atacar “*en los términos y con las limitaciones fijadas en la Sección 4.ª, Capítulo VI, Tit. II, del Libro III del Código*” (resolución de 12 de diciembre de 1927).

En otros, decididamente se exige que el comisario acate y lleve a la práctica las disposiciones testamentarias: sus atribuciones, “siempre y en todo caso están limitadas por lo expresamente ordenado por el testador, ya que lo contrario sería anular la voluntad del mismo, y aún equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros lo cual prohíbe el artículo 670 del Código civil”; y—añade esta sentencia—que la calidad de contador “sólo atribuye la simple facultad de hacer la partición con arreglo a lo ordenado en el testamento” (sen-

tencia de 23 de noviembre de 1899). "Al comisario le nombra el testador para el fin más o menos extenso o restrictivo del cumplimiento de su voluntad, que en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio o voluntad del nombrado" (sentencia de 5 de febrero de 1908). "La voluntad del causante expresada en su testamento es ley suprema en materia de sucesiones", dice la sentencia de 11 de diciembre de 1913, hablando de las facultades de los contadores *con relación* a lo dispuesto por el testador. La de 22 de febrero de 1929 añade que "la voluntad del testador es ley primordial a la cual debe atemperar sus actos" el comisario. La de 10 de enero de 1934 autoriza para rescindir la partición siempre que ésta discrepe de la voluntad del testador: "... no ajustándose aquéllos—los comisarios—a las reglas de igualdad en el reparto, sentadas o admitidas en el testamento, resulta evidente la infracción del mismo". Por la partición practicada por comisario se ha de pasar "en tanto los Tribunales no acuerden su rescisión en el juicio correspondiente por haberse faltado a la ley o a la voluntad del testador" (sentencia de 21 de noviembre de 1939).

En ese sentido, con términos parecidos u otros equivalentes, podemos citar aún la sentencia de 18 de marzo de 1918 y varias resoluciones de la Dirección General. Así las de 5 de octubre de 1893, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 12 de diciembre de 1912, 29 de abril de 1913 y 28 de abril de 1945. Esta última, la más reciente que conocemos, dice así: "Constituye una de las funciones más peculiares de los comisarios realizar la partición de los bienes relictos e interpretar la última voluntad del causante, por lo que se estiman facultados para distribuir bienes, pagar deudas, levantar cargas de conciencia y hasta fundar obras pías con *sujeción al testamento*".

La de exigir—tan reiteradamente como vemos—se atenga al testamento es la postura que estimamos acertada. Con ello se respeta la verdadera misión que la figura del comisario tiene en el Código, que no es otra, respecto de la partición, que la *simple* facultad de hacerla. El testador dispone y el comisario *simplemente* parte. Y esto, que aparece tan repetidas veces admitido por la jurisprudencia y, por razonable, parece natural, es lo que—aun en contra de un crecido número de decisiones jurisprudenciales y de un importante sector de nuestra doctrina—creemos que debe aplicarse también al propio testador. El dispone y él parte, pero la disposición deberá prevalecer sobre la partición, aunque esta partición la haya hecho el disponente.

La doctrina y la jurisprudencia frente a las cuales nos situamos tienen en su apoyo, a primera vista, la letra del Código; pero, según estimamos, tenemos nosotros a nuestro favor no sólo esa letra, rigurosamente estudiada, sino el espíritu que el legislador quiso encerrar en ella. La jurisprudencia y la doctrina que adoptan la postura que sostenemos no nos proporcionan otro argumento que el de autoridad, porque no sugieren, en definitiva, una interpretación, basada en textos legales, del artículo 1.056, según la cual no le baste al testador, en su partición, respetar la legítima, sino que le obligue también a respetar

lo dispuesto en el testamento. Ni esta jurisprudencia ni esta doctrina (a excepción de lo que, sin desarrollar, apunta SÁNCHEZ ROMÁN) encuentran tampoco en el 1.075 el expediente que lleve a sus justos límites la afirmación desaforada que parece hacer el artículo 1.056. Vamos a hacer nosotros un particular estudio de dicho artículo 1.075 para ver de lograrlo.

IV. El artículo 1.075 del Código civil

Lógica consecuencia del artículo 1.056—entendido según esa interpretación que consideramos equivocada—parece el 1.075. Veamos si lo es realmente.

1. Precedentes históricos.

Retrocediendo en busca de sus antecedentes históricos, nos encontramos con el 923 del Proyecto de 1851, que, indudablemente, ostenta su paternidad. “La partición hecha por el difunto—dice dicho artículo 923—no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 (1.056 del Código) y 918 (1.070, 1.º, del Código).” Esto último nos plantea concretamente la cuestión del papel que el 1.070 desempeña en la partición hecha por el testador, y de si es—lo mismo que parece que lo es el 1.075—otra consecuencia de ese sentido exagerado del 1.056. A continuación lo veremos; pero, de momento, sigamos con el 1.075.

En la legislación italiana de 1865 y en el Código Napoleón existen artículos semejantes, pero, ni con mucho, iguales a él.

El artículo 1.048 de aquel Código civil italiano dice: “La divisione fatta dall’ascendente può essere impugnata, se dalla medesima o dalle altre disposizioni fatte dall’ascendente risulta che sia lesa nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra vivi, può altresì essere impugnata per lesione oltre il quarto a norma dell’art. 1.038”.

El 1.079 del Código Napoleón dice a su vez: “Le partage fait par l’ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart: il pourra l’être aussi dans le cas où il resulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l’un, des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet”.

En cuanto a nuestro Derecho histórico, en las Partidas podemos asegurar que carece el 1.075 de precedente, ya que P. 6, 15, 9, que alguno—M. SCAEVOLA, por ejemplo—señala como tal, dice algo muy distinto.

Las Partidas habían recogido del Derecho romano, junto al “testamentum parentum inter liberos”, la “divisio parentum inter liberos”, en P. 6, 1, 7: “Acabado testamento es aquel, que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta; e si de otra guisa lo fiziesse, non sería valedero: pero si el padre fiziesse testamen-

to, en que estableciesse por herederos a los hijos, e a los nietos, que descendiesen del, o partiese lo suyo entre ellos, maguer en tal testamento no fuesen escritos mas de dos testigos, valdría; bien así, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pusiessen y sus nomes, e sus sellos. Esso mismo sería quando desta manera el padre, o el auuelo partiese lo suyo, por palabra tan solamente, entre sus hijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos, rogados, e llamados para esto”.

En ellas se había dicho también—P. 6, 15, 9.—: “Pero si el padre, o el testador, partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que el finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna”. Y nada más.

El “Corpus iuris civilis”—C. 3, 36, 10.—dijo: “Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos, voluntati eius, salva legis Falcidiae auctoritate, obtemperandum esse manifestum est; nec mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa, nulla facta eorum discretionem, commendanda putavit heredibus, quum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit”.

Si al menos se hubiese dicho en las Partidas, como en el Corpus iuris, que dividiendo el testador la herencia se ha de acatar su voluntad, salva la legítima—aunque tal cosa es propiamente un precedente del artículo 1.056—, se habría podido entender que las Partidas contenían, en efecto, un precedente del artículo 1.075, ya que realmente el deber de respetar la partición hecha por el testador, si queda a salvo la legítima, no es sino la concesión del poder de atacar dicha partición para el caso de que la legítima se viole. Pero es que en las Partidas no se dice ni eso.

2. *P. 6, 15, 9 no es precedente del artículo 1.075. sino del 1.070-1.º*

Por otro lado, P. 6, 15, 9 es un precedente del artículo 1.070-1.º (29), pero—como decíamos—no del 1.075, porque en esa ley de Partidas no se habla de rescisión por lesión, sino de saneamiento en caso de evicción.

Así que ni el artículo 1.056 ni el 1.075 tienen apoyo en la legislación del Rey Sabio. Sí lo tiene, por el contrario, el 1.070-1.º

Antes, pues, del Proyecto de 1851, la recíproca obligación de sanear los coherederos, en el caso de que el partidor hubiese sido el propio causante—padre o testador—se encontraba en los términos que se desprenden de P. 6, 15, 9. es decir, no existía.

(29) Ya que éste dice: “La obligación a que se refiere el artículo anterior—obligación de garantía—sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.”

Sin embargo, aunque en esta ley no se hace salvedad alguna, cabe entender—ya que según las propias Partidas se debe respetar la legítima—que sólo es admisible que se suprima la obligación de sanear hasta el punto en que tal supresión no perjudique aquélla.

En esta forma lo entiende la doctrina. Así ANTONIO GÓMEZ (30) decía: “Advertendum tamen, quod praedicta conclusio, quae habet, quod in divisione haereditatis debeatur evictio; debet intelligi, quando talis divisio fit de voluntate ipsorum haeredum, vel auctoritate iudicis: Secus tamen, si fiat voluntate & dispositione testatoris, quia in testamento divisit inter eos sua bona; quia tunc, si postea ab aliquo eorum aliqua res fuerit per tertium evicta, non debetur evictio, petendo jure actionis: secus vero retinendo jure exceptionis, quia forte pluribus sunt facta praelegata, & ab uno sit res evicta, & alii haeredes agant contra possessorem; nam potest se tueri, donec conservetur indemnis a sua parte evicta... Quod tamen singulariter intellige, nisi quoad Legitimam: quia pro ea poterit agere filius contra alios fratres cohaeredes, re evicta, licet fuerit sibi assignata per patrem”.

Igualmente se manifiestan GARCÍA GOYENA (31), VISO (32), MORATO (33), etc.

Otros creen que si la evicción se produce los herederos no serían tenudos de fazerle—al que la sufrió—emienda ninguna, pero que esta doctrina—además de tener el límite de la legítima—no se aplica tampoco “quando constare que el testador quiso la igualdad entre los coherederos” (o cuando constare, se podría añadir, que quiso conservar entre ellos la proporción establecida en el testamento), como dice SALA (34), siguiendo a GREGORIO LÓPEZ (35), y como repiten, por ejemplo, LASERNA y MONTALBÁN (36).

Estando así las cosas llega el Proyecto de 1851, con su regulación de los tres puntos que nos importan, referentes a la partición hecha por el difunto: 1.º hasta qué punto es válida (artículo 899); 2.º en qué casos quedan los coherederos recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento (artículo 918, en relación con el 917); 3.º cuándo es impugnabile por lesión (artículo 923).

(30) *Variae resolutiones* tomus II, cap. II, n. 34.

(31) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. II, pág. 273, comentario al art. 918.

(32) *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. II, Valencia, 1868, pág. 559.

(33) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1868, pág. 265.

(34) *Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª edic., t. I, Madrid, 1820, pág. 264.

(35) Glosa 2.ª, donde dice: “Nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequalitas esset inter heredes servanda”.

(36) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 10.ª edic., t. II, Madrid 1872, pág. 146.

3. La partición hecha por el difunto en el Proyecto de 1851.

Vamos a ver ahora qué conclusiones sacamos, en orden a la interpretación del Código, del estudio de sus artículos comparados con éstos del Proyecto.

El Proyecto estableció dos reglas: 1.^a, se pasará por la partición hecha por el difunto (artículo 899: "Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella..."); 2.^a, cuando el causante haga la partición no quedan los coherederos obligados a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueron adjudicadas (artículo 917, en relación con el 918. Artículo 918: "La obligación señalada en el artículo anterior —la referente a la evicción y saneamiento de las cosas que les fueron adjudicadas— cesa cuando el mismo difunto hizo la partición...").

A estas dos reglas estableció dos excepciones, contenidas en los mismos artículos en los que formuló aquéllas: 1.^a, en cuanto la partición perjudique la legítima no habrá obligación de pasar por ella (artículo 899: "... en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos"); 2.^a, cuando aparezca que el causante quiso que los coherederos quedaran obligados a la evicción y saneamiento, éstos quedarán obligados a ello (artículo 918: "... a no ser que aparezca o racionalmente se presume haber querido lo contrario").

Sin duda por creerlo lógica consecuencia de su postura, el Proyecto de 1851—junto a la inimpugnabilidad de la partición hecha por el difunto, proclamada como regla general—permite que dicha partición se pueda impugnar por lesión: 1.^o, cuando exista perjuicio de legítima (remisión del 923 al 899); 2.^o, cuando se haya producido la evicción y resulte que el causante quiso que los coherederos quedaran obligados entre sí a la evicción y saneamiento (remisión del 923 al 918). Por eso el artículo 923 dice: "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvas las excepciones de los artículos 899 y 918".

Lo que más nos interesa destacar aquí son las palabras que utiliza el Proyecto para establecer la excepción a la regla de que cuando el causante hace la partición no pesa sobre los coherederos el deber recíproco de garantía de los bienes adjudicados. Estas palabras están contenidas en el artículo 918.

Para mayor claridad repitamos los artículos 917 y 918. El primero dice, como ya vimos: "Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupieren en suerte". El segundo añade: "La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presume haber querido lo contrario".

GARCÍA GOYENA ya advierte "que la ley 9. tit. 15, part. 6, es absoluta, pues no admite la excepción de nuestro artículo". Y a continuación añade que "se ha adoptado esta modificación por ser razonable y conforme a los principios generales de Derecho, aunque puede

dar ocasión a algún pleito, como la dan todas las cuestiones de voluntad" (37).

La modificación que se introduce, respecto del Derecho anterior, en el Proyecto de 1851, al llevar al artículo 918 la frase "a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido—el difunto—lo contrario", no se toma del tantas veces seguido Código Napoleón. A éste la iba a imitar el italiano de 1865, pero no lo hizo nuestro Proyecto de 1851. Lo cual es una prueba más de que en esto de la partición hecha por el testador nuestro Derecho está alejado del francés.

El Código parece que va siguiendo—con la excepción de permitir partir sólo al testador y no a todo causante—paño a paño al Proyecto en la materia de que tratamos. El artículo 1.056 es copia palabra por palabra del 899 de dicho Proyecto (salvo el cambio, sin trascendencia, del *hizo* por *hiciera*). Algo semejante se puede decir del artículo 1.069 del Código respecto al 917 del Proyecto. Asimismo, el 1.070 del Código recoge en un solo artículo las excepciones al 1.069, que como excepciones al 917 recogía el Proyecto en sus artículos 918 y 919. Las palabras que, fundamentalmente, nos interesan del artículo 1.070 son exactamente iguales a las del 918 del Proyecto: "... a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario" (38).

4. *El artículo 1.075 del Código y el 923 del Proyecto.*

Diferentemente, en el 1.075 se nota un cambio bastante acentuado. No copia el 923 del Proyecto. La primera sensación—al leer ambos—es que el Código, que hasta ahora daba la impresión de venir siguiendo al Proyecto, ha abandonado las huellas de éste. Si nos proponemos seguir manteniendo la afirmación que hicimos de que el 923 ostenta, indudablemente, la paternidad del 1.075, habremos de comenzar por admitir que es un hijo que se parece muy poco a su padre.

Si a continuación se leen los artículos a los que remite el 923 del Proyecto, es probable que nuevamente se vuelva a pensar que el Código es—incluso el 1.075—un trasunto del Proyecto, aunque en este artículo no se haya limitado a copiar las palabras del 923, sino que haya ido a los artículos a los que éste remite para tomar directamente lo que en ellos se dice.

Desde luego, no se puede negar que las causas de impugnabilidad por lesión del 1.075 tienen, ciertamente, un notable parecido con lo que se dice en los artículos 899 y 918 a los que remite el 923 del Pro-

(37) Ob. cit., t. cit., pág. 273, comentario al art. 918.

(38) El art. 918 del Proyecto no dice más, y el 1.070 del Código añade, en su número 1.º: "... y salva siempre la legítima"; pero es claro que también el Proyecto dejaba a salvo la legítima, porque como ya advertía GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 918: "Séase lo que se quiera de la presunta voluntad del difunto, los herederos forzosos, perjudicados en su legítima por la partición que hizo él mismo, tendrán siempre derecho a pedir el suplemento de aquella", y añadía: "Ve los artículos 645 y 899"—ob. cit., t. cit., pág. 273—, los cuales son, en todo caso, protectores de la legítima.

yecto. Procede por ello advertir que la cosa no pasa de allí; que bajo una similitud externa se encuentran profundas diferencias internas.

El 1.075 comienza diciendo: "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos..." Ante ello cabe entender que realmente aquí se han formulado—con el mismo sentido que en el 923—la regla general de la inimpugnabilidad por lesión de la partición hecha por el causante y la primera excepción a dicha regla, excepción también contenida en la remisión que el 923 hace al 899. Pero debemos hacer notar—en atención a lo que el 1.075 continúa diciendo—que tal equivalencia no existe (38 bis). Del 899—al que remite el 923—del Proyecto no quedan en la primera parte del 1.075 del Código, nada más que las palabras (porque la segunda parte del 1.075 demuestra que el espíritu del 899, que esas palabras de la primera parte de 1.075 podrían contener, no lo contienen), lo mismo que esas palabras son sólo lo que resta—restos mortales, como después veremos—también del 899 en el 1.056.

El segundo supuesto de impugnabilidad contenido en el 923 del Proyecto (al remitir al 918) pareció inadecuado, sin duda, al legislador del Código, y lo suprimió. Esta supresión—habida cuenta de que el Código mantiene en el 1.070-1.º la posibilidad de que cuando parte el testador queden obligados los coherederos a la evicción y saneamiento—es verdaderamente afortunada.

Debemos observar aquí que es de todo punto improcedente hablar de impugnabilidad de la partición por lesión en caso de que algún coheredero sufra evicción respecto de cualquier cosa de las que le fueron adjudicadas y pese sobre los coherederos el deber de garantía.

Al impugnar la partición se tiende a destruirla. Por el contrario, al demandar el resarcimiento del perjuicio sufrido por la evicción no se ataca la validez de la partición, sino que precisamente, basándose en esta validez, se reclama el cumplimiento de una obligación surgida de ella: la de garantía.

Así, pues, no se quiso recoger en el 1.075 el segundo supuesto de impugnabilidad de la partición contenido en el 923 del Proyecto, pero se incluyó otro que el Proyecto no contenía: el de que la partición no se ajustase a la disposición. El legislador tomó la fórmula del 918 del Proyecto—que ya había utilizado en el 1.070-1.º del Código—; la retocó ligeramente, según creyó conveniente, y dijo que también podría impugnarse, por causa de lesión, la partición cuando "aparezca o racionalmente se presuma que *fué otra la voluntad del testador*".

(38 bis) Aclaremos esto: la primera excepción—perjuicio de legítima—se formula en el 1.075, igual que en el 923 al remitir al 899. Sin embargo, la segunda excepción del 1.075 hace ver claro que el carácter y espíritu de exclusividad—haciendo impugnable (cuando no hay evicción) la partición *solamente* si hay lesión de legítima—que tiene la excepción primera del 923, no existe en el 1.075, puesto que éste permite impugnar, en su segunda excepción, la partición no sólo si perjudicó la legítima, sino también si aparece o racionalmente se presume que *fué otra la voluntad del testador*.

Nos parece indudable que las palabras “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador” en el 1.075 dicen algo muy diferente de lo que en el 918 del Proyecto decían aquellas otras de “aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario” (39), o de lo que éstas dicen en el 1.070-1.º del Código. Y nos parece indudable, porque puestas—aquéllas—en relación con las restantes de dicho artículo 1.075, significan no que la partición hecha por el testador puede ser impugnada por lesión en caso de evicción cuando aparezca o se presuma que el testador no quiso suprimir la obligación de sanear, ni tampoco que puede ser impugnada por lesión en caso de evicción cuando aparezca o se presuma que fué *esa* la voluntad del testador, sino que la partición del testador puede ser impugnada por causa de lesión cuando *aparezca o racionalmente se presuma que fué OTRA su voluntad*.

Repetimos las mismas palabras—lo cual, ciertamente, es poco explicativo—, limitándonos a subrayarlas, porque de momento nos basta con dejar sentado esto y llamar la atención sobre ellas. Después—aunque ya hemos adelantado algo—nos extenderemos sobre el alcance de esas últimas palabras de 1.075; pero aún sin hablar aquí de ello, y limitándonos a admitir la interpretación aceptada por un amplio sector de nuestra doctrina—interpretación que cree esta doctrina que refleja la voluntad del legislador—, esas palabras querrían decir que la partición hecha por el testador puede impugnarse por causa de lesión *siempre* que aparezca o racionalmente se presuma que la voluntad del testador fué que se pudiese impugnar cuando se produjese lesión—aunque ésta no alcanzase a la legítima—. Y como el Proyecto—aparte del caso de perjuicio legítimo—*sólo* permitía impugnar cuando hubiese evicción y apareciese o racionalmente se presumiese que el difunto quiso que los coherederos respondiesen en tal caso, resulta claro que el Código es distinto del Proyecto en este punto, admitiendo causas de impugnación que dicho Proyecto no admite.

5. Interpretación que da nuestra doctrina al 1.075.

Vamos a ver ahora las diversas interpretaciones que esa doctrina da al artículo 1.075: en ella—excluyendo lo referente a la interpretación de la primera parte del 1.075, ya que los autores coinciden, como no podía menos de ser, en que tiene por fin proteger la legítima, y autoriza a impugnar la partición si hubo lesión de aquélla—se han dado diversos sentidos a las palabras finales—“aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador”—del 1.075.

SCAEVOLA (40) opina que el fin que persigue el 1.075 es el de hacer prevalecer la voluntad sobre las palabras del testamento.

(39) Y por parecernos indudable esto que decimos, creemos que en la segunda parte del 1.075 se contienen supuestos de impugnabilidad de la partición que no son los del 923 al remitir al 918.

(40) Ob. cit., t. cit., pág. 447, comentario al art. 1.075.

COVIÁN (41) cree que el fin del 1.075 es que cuando aparezca—en el testamento o en la partición—la voluntad o el propósito del testador de conservar la igualdad entre los coherederos, y, por tanto, de que ninguno de ellos sufra la menos lesión en lo que se le adjudica, se rescinde la partición, si existe lesión en más de la cuarta parte.

Los casos de impugnabilidad de la partición, fundados en las interpretaciones dadas a las últimas palabras del 1.075, que encontramos en otros autores, son los siguientes:

1.º El de error en la partición, como dice ROCA (42). Ahora bien, la impugnabilidad no tendría en este caso por base la disconformidad de la partición con la disposición, sino el *error* en esa partición. O sea, sin ser errónea no podría ser impugnada, aunque no concordase con la disposición.

2.º El de que el testador, *al hacer la partición*, expresamente establezca que puede rescindirse por causa de lesión, o que racionalmente se presume que fué esa su voluntad, como dice MANRESA (43). Cuyo segundo caso tampoco lo es de impugnabilidad por discrepancia de partición y testamento. Esto es evidente. El testador, *al hacer la partición*, puede no establecer expresamente que pueda ser rescindida por causa de lesión, y puede no darse el caso de que sea racional presumir que esa fué su voluntad. No dándose ninguno de ambos supuestos, la partición no será atacable y, sin embargo, puede no ajustarse a la disposición.

3.º El de que el testador expresamente disponga que la partición puede impugnarse en caso de lesión, o de que racionalmente se presume que *fué esa su voluntad*—cuya presunción racional queda reducida a una cuestión de interpretación del *testamento*—, como cree SÁNCHEZ ROMÁN (44). Tampoco en este caso se habla de que la causa de la impugnabilidad sea que la partición no se ajuste a la disposición. Sin embargo, es este autor el que ha calado más hondo en la interpretación del 1.075. Indica—como vimos—, a continuación de lo anterior, que “cuando exista contradicción entre la partición que hizo el testador y el testamento, habrá que subordinar aquélla a éste, que es la ley de su voluntad, mientras que aquélla no pasa de ser su ejecución más o menos fiel”. Esto, dicho a continuación de lo anterior, puede interpretarse en el sentido de que siempre que exista contradicción entre la partición y la disposición—testamento—es *racional* presumir “*que fué voluntad del testador que se pudiese rescindir en caso de lesión*”; y,

(41) Ob. cit., pág. 382.

(42) Ob. cit., pág. 383. En todo caso, téngase en cuenta que el 1.075 habla de impugnación *por causa de lesión*, que es algo perfectamente distinto de la posible impugnabilidad, basada en un vicio de la voluntad—error propiamente dicho—o en la discrepancia inconsciente entre lo querido y lo declarado—error obstativo—. El error podrá producir—no lo negamos—lesión; pero la verdad es que el art. 1.075 no le importa el error—causa—, sino la lesión—efecto—, provenga o no de error; es decir, provenga, en principio, de la causa que provenga.

(43) Ob. cit., t. cit., pág. 760.

(44) Ob. cit., t. cit., pág. 2.114.

por tanto, que toda vez que se dé ese supuesto—discrepancia de disposición y partición—nos hallamos frente a un caso de impugnabilidad por lesión de la partición, con arreglo al 1.075.

Prácticamente, podemos decir que ha indicado SÁNCHEZ ROMÁN el camino para conseguir todo el fruto que se puede sacar del *racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador* del 1.075.

6. *Nuestro punto de vista sobre el 1.075.*

Visto ya cómo interpreta nuestra doctrina el 1.075, expongamos nuestro punto de vista sobre él:

A) *El artículo 1.075 del Código modifica lo que decía el 923 del Proyecto.*

El legislador del Código, al modificar con dicho artículo lo que establecía el Proyecto de 1851, tuvo un gran acierto, porque éste contenía un artículo 923 según el cual la partición se podía impugnar por lesión: 1.º cuando ésta alcanzaba a la legítima (con lo cual se hacía caso omiso del principio, que en buena doctrina debía haber existido, de que la partición debe ajustarse a la disposición); 2.º cuando produciéndose la evicción aparezca o racionalmente se presume que el difunto no quiso que los coherederos dejasen de quedar obligados entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que les fueron adjudicadas. Cuyo segundo supuesto también lo creemos improcedente, porque una de dos: o la partición es impugnabile por causa de lesión si la evicción se produce y aparece o racionalmente se presume que la impugnabilidad, en tal caso, la permitió el difunto, en cuyo caso sobra todo lo de estar los coherederos obligados entre sí a la evicción y saneamiento cuando aparezca o racionalmente se presume que lo quiso el difunto, o realmente los coherederos—si el testador lo quiere—quedan obligados a la evicción y saneamiento, en cuyo caso sobra la impugnabilidad de la partición por causa de lesión, ya que—como decíamos—la protección que dispensa la obligación de garantía se obtiene no atacando la partición, sino precisamente haciéndola valer.

Resumiendo: con la obligación de garantía, para el caso de que se produzca evicción, sobre la impugnabilidad por lesión, y admitida ésta para ese caso, sobra aquélla.

Más adelante volveremos sobre lo anterior. Aquí hemos de hacer notar que con la redacción del 1.075 los dos inconvenientes antedichos del Proyecto de 1851 desaparecen.

B) *Lo que realmente dice el artículo 1.075.*

Lo que dice el 1.075 es: “La partición hecha por el difunto puede ser impugnada por lesión en dos casos: 1.º en el de que perjudique la legítima; 2.º en el de que discrepe de la disposición”.

Lo primero está claro. Lo segundo lo creemos fácilmente demostrable.

C) *Los términos difunto y testador utilizados en el 1.075.*

A su comienzo el 1.075 habla de partición hecha por el *difunto*. Hemos quedado en que la partición sólo puede hacerla el *testador*, pero también es cierto que puede hacerla en testamento o en acto inter vivos. Una cosa permite indicar ese "*difunto*", y ella es la clara diferencia con el final del mismo artículo—"que *fué otra la voluntad del TESTADOR*"—. Es decir, la partición es impugnabile por lesión siempre que "aparezca o racionalmente se presuma que *fué otra la voluntad del TESTADOR*".

La voluntad del testador es la voluntad manifestada en el testamento, ya que claramente se contraponen la utilización del término *testador* a la del término *difunto*. Esto quiere decir que aunque el testador pueda haber realizado manifestaciones de voluntad fuera del testamento—en la partición—, y aunque de ésta se induce una voluntad dispositiva, y a eso pudiera aludirse también al decir "*voluntad del testador*"—ya que el testamento no es la única manifestación de voluntad del que testa—, sin embargo hay en nuestro caso una referencia concreta a *voluntad testamentaria* al hablar de *testador*, ya que antes no se decía *testador*, sino *difunto*, siendo así que también ese *difunto* necesitaba haber *testado*.

Esta diferencia al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como *difunto* y como *testador*, implica, según creemos, que al decir *testador* se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador (45).

D) *Disposición y partición.*

Pero la interpretación de este artículo no la podemos realizar en base a la distinción entre partición y testamento (46), porque la partición también puede ser testamentaria, y en este caso esa partición forma parte del testamento mismo.

La interpretación de este artículo tiene por base la distinción entre partición y disposición (47).

(45) Hablando de difunto se comprenden los actos no testamentarios del testador, pero hablando de testador no se comprenden los actos no testamentarios del difunto.

(46) Si alguna vez hablamos de partición y testamento, como cosas contrapuestas, es quizá porque lo requieran las circunstancias para mayor claridad, o porque lo dicen otros autores; pero queremos decir testamento, en cuanto es *disposición* de última voluntad.

(47) Cfr. BORTOLO BELOTTI: *La divisione dell'ascendente*, Padova, 1933, números 28 y sgs. Entre nosotros, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., página 1989.

Aunque a su comienzo el 1.075, en vez de difunto dijese testador, seguiría proclamando que cuando aparezca o racionalmente se presume que la voluntad del testador fué otra, la partición hecha por él sería impugnabile por causa de lesión (48).

En el testamento el testador plasma su última voluntad. En él *dispone* para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y *dispone* según esa voluntad; *dispone* según lo querido. Las disposiciones se *ejecutan*, la voluntad se *cumple* en la partición. Como dice acertadamente SÁNCHEZ ROMÁN, el testamento es la ley de su voluntad, mientras que la partición no deja de ser su ejecución más o menos fiel. Ahora bien, a la vista de esta ejecución se puede inducir la voluntad que la ha presidido. La partición implica una determinada voluntad de disposición: la causa de la que esa partición es efecto. Por cuyo efecto la causa puede ser conocida. Y esa voluntad que se desprende de la partición, y que podemos colegir de ella, puede coincidir o no con la última voluntad—voluntad dispositiva—expresada por el testador en el testamento.

Si la partición es una ejecución fiel de la disposición, se puede decir que la voluntad del testador es la misma que presidió la partición. Siempre que la partición no lleve a la práctica la disposición, hay base para afirmar que fué otra la voluntad del testador (otra respecto a la que aparece de la partición).

En el 1.075 se puede distinguir perfectamente la partición en sí—ejecución de la voluntad—de la disposición—voluntad del testador—.

Si la partición se hizo por acto inter vivos, nos podrá servir solamente para interpretar la manifestación de voluntad testamentaria—disposición—. Una vez fijado el sentido de ésta, si la partición no lo lleva a la práctica—discrepancia—, la partición será impugnabile, porque queda claro que fué otra la voluntad del testador.

Los términos en que esté concebida la partición realizada por acto inter vivos, sólo nos sirven, repetimos, como elemento de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento, para que sea eficaz.

Si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior, partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente paritivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revelen las cláusulas dedicadas especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifestación de voluntad dispositiva, sino que

(48) La utilización de los términos difunto y testador en el art. 1.075 tiene sentido para demostrar que prevalece siempre la voluntad testamentaria, o sea que si la partición es hecha por acto inter vivos, triunfará sobre ella la disposición que se contiene en el testamento. Pero si la partición es testamentaria, la voluntad que en esa partición se manifiesta es también testamentaria, no obstante lo cual, por lo que exponemos a continuación, puede verse cómo es exacta la afirmación que hacemos en el texto.

estas mismas cláusulas, en cuanto reúnen las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, coordinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer. La partición hecha en el testamento no tropieza con el grave inconveniente que tiene la hecha por acto inter vivos. Aquella es, al fin y al cabo, una parte del testamento que puede servir, conjugadamente con las otras partes del mismo, para entender manifestada una voluntad real del testador que quizá de haber existido solamente esas otras partes del testamento no se hubiera podido entender manifestada.

E) *La partición que discrepe de la disposición no prevalece contra ella, sino que es impugnable por lesión.*

Así, pues, la partición hecha por acto inter vivos será impugnable por lesión siempre que la interpretación—en la que podemos servirnos de esa partición—del testamento nos lleve a fijar a la manifestación de voluntad del testador un contenido dispositivo incompatible con la partición. La partición testamentaria será atacable, también, por lesión en los casos en los que del conjunto del testamento resulte que la voluntad que el testador manifestó no es la que se lleva a la práctica en las cláusulas testamentarias referentes a la partición, porque de ese conjunto de la declaración testamentaria—de cuya declaración forman parte esas cláusulas—aparece como manifestada una voluntad dispositiva distinta de la que éstas ejecutan.

Es equivocado creer que la partición realizada por acto inter vivos prevalecerá sobre lo *dispuesto* en el testamento—por ejemplo, pensar que instituyendo a Pedro y a Juan por partes iguales, y atribuyendo, al partir, a Juan las tres cuartas partes de la herencia, sucederá éste en dichas tres cuartas partes—. Y también es equivocado creer que la partición testamentaria prevalecerá contra lo *dispuesto* en el testamento, cuando esta partición no sea ejecución de lo que se dispuso sobre los bienes partidos. Únicamente, en el caso de que después de una concienzuda interpretación se llegue a la conclusión de que lo que *quiso* el testador—y refleja su declaración—fué *disponer* en la forma en que *parte*, no será impugnable la partición; pero esta impugnabilidad se basará no en que tenga mayor fuerza la partición que la disposición, sino en que coincide con ésta.

En la partición testamentaria no se dará un caso de prevalencia de esta partición sobre la disposición cuando se partan los bienes en forma distinta de la que se dispuso de ellos, porque no es admisible querer válida y eficazmente a la vez dos cosas contradictorias. Si se dispone de los bienes en una forma—por ejemplo, por partes iguales se instituyen herederos a Juan y a Pedro—y se parte de otra—por ejemplo, se adjudican tres cuartas partes de ellos a Pedro y una cuarta a

Juan—, no es admisible sostener que el testador quiso ambas cosas. Se podrá sostener—ello dependerá del testamento en su conjunto—que se quiso igualar a ambos herederos, en cuyo caso es atacable la partición por no cumplir la disposición, o se podrá sostener—en un caso de disposición no tan tajante y clara como la anterior—que lo que realmente quiso y manifestó fué que Pedro sucediese en tres cuartos y Juan en un cuarto, y que, de acuerdo con esto, partió. En tal caso lo que sucede es que la disposición se lleva a sus justos límites, que por un lado parecen no coincidir con una parte de la declaración, pero que por otro se cree más acertado estimar que—salvada esa engañosa apariencia—realmente coinciden con ella.

Esto es lo que creemos firmemente dice el artículo 1.075. En éste no se contraponen partición a testamento—lo cual no podría ser—, porque la partición puede ser testamentaria, y en este caso la partición es—como decíamos—parte del testamento mismo. Se contraponen, sí, partición a disposición. En el caso de que la partición se realice por acto inter vivos habrá, ciertamente, posibilidad de hablar de partición y de testamento como dos cosas distintas; pero en el caso de que la partición sea testamentaria, la “*otra voluntad del testador*” se refiere a la voluntad de disposición, porque, además de por las razones que veremos a continuación, por antonomasia voluntad del testador es voluntad dispositiva. El poder de impugnar se concede siempre que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador. Ello, sin distinciones, alcanza a la partición realizada por acto inter vivos y a la realizada en testamento. Cuando no ha habido forma de conciliar los términos de la partición y los de la disposición, y debe entenderse que hay una efectiva contradicción entre ellas, entonces la partición es impugnabile porque la falta de conciliación, mediante una interpretación adecuada, pone de manifiesto que la voluntad del testador—disposición—es otra. Se ordena que prevalezca la *otra voluntad*, o sea la que discrepa de la que aparece en la partición. Cuando existe esa “*otra voluntad*”, obsérvese que—como no podía menos de ser—no se declara ineficaz la disposición, sino que se declara impugnabile la partición. La disposición, por su superioridad de rango, prevalece, pues, cuando la contradicción es irreductible. *Únicamente* cuando es irreductible se puede decir que fué otra la voluntad del testador—que éste al disponer y al partir no tuvo una *misma voluntad*—, pero *siempre* que lo es—discrepancia, por tanto—se puede presumir racionalmente la existencia de esa otra voluntad.

F) *Las palabras “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador” se refieren a que la partición discrepe de la disposición, y no a que el testador permita impugnar por lesión, aunque ésta no alcance a la legítima.*

El 1.075 ha dicho “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador”. Lo ha dicho hablando de la partición. La “otra voluntad del testador”, nos parece indudable, se refiere a

“otra voluntad”—dispositiva—respecto de la que aparece de la partición. El “otra voluntad del testador”, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por *lesión* (48 bis), no es ni más ni menos que decir “que el testador haya querido otra cosa distinta de la que la partición ejecuta”, o sea que la voluntad *dispositiva* del testador sea distinta de la que se lleva a la práctica en la partición. Al compararla con la voluntad que ésta ejecuta, el 1.075 supone que la voluntad dispositiva que aparece en el testamento puede ser la misma o puede ser otra, y para este caso concede la facultad de impugnar por lesión, porque la partición no lleva a la práctica lo *dispuesto*.

Nuestra doctrina ha entendido que esa *otra voluntad* alude al caso de que el testador manifieste—expresa o tácitamente—su voluntad de que la partición pueda impugnarse en caso de lesión, aunque ésta no alcance a la legítima.

Ambas cosas—lo que nosotros hemos dicho y lo que la doctrina cree—no son lo mismo; pero queremos hacer notar que, en efecto, no lo son (49). Ello lo prueba el que el artículo 918 del Proyecto de 1851 y el 1.070-1.º del Código, en vez de decir “que fué otra la voluntad del testador”, dicen “haber querido lo contrario”. Esto en el 1.075, si lo dijese, se referiría a la impugnabilidad por lesión. El 1.075 diría: “La partición no es impugnable por lesión sino... en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma haber querido—el testador—lo contrario.” Es decir, haber querido que sea impugnable por lesión. Y una vez visto esto, hemos de advertir que la modificación introducida (50) al suprimir el “*haber querido lo contrario*”—que no sería referible a la partición hecha por el difunto, pero que hubiera estado utilizado con gran exactitud referido a *poder ser* (lo contrario de no poder ser) *impugnada por lesión*—y sustituirlo por el “*que fué otra la voluntad del testador*” (otra respecto de la que aparece en la partición)—que dicho de la partición (y no de la impugnabilidad por lesión) es como está bien dicho—, abona nuestro punto de vista. Esa sustitución no puede tener otro sentido que el de indicar que no se alude a haber “querido lo contrario”, es decir, a que sea impugnable la partición en caso de lesión porque así lo quiere el testador, ya que si se hubiese querido decir esto no habría habido necesidad de introducir ninguna modificación.

En definitiva, el 1.075, en su segunda parte, permite impugnar por

(48 bis) Lo cual excluye cualquier supuesto en que apareciendo o siendo de presumir *otra voluntad*, esta *otra voluntad* no apareje lesión; por ejemplo: haber querido incluir en un lote determinada cosa que no aparece incluida en él, hallándose, sin embargo, en su lugar otra de igual valor.

(49) Estudiaremos más adelante este punto: no son separables la contradicción entre disposición y partición y la existencia de lesión, e igualmente tampoco lo son la concordancia de ambas con la inexistencia de aquélla.

(50) Los arts. 1.070-1.º y 1.075 del Código copiaron la fórmula del 918 del Proyecto, pero aquél la copió sin modificación ninguna, diciendo: “... haber querido *lo contrario*”, y éste la copió introduciendo la modificación que ya sabemos: “... que fué *otra la voluntad del testador*”.

lesión la partición hecha por el testador, siempre que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra su voluntad. Creemos haber mostrado que este *otra voluntad* quiere decir que partición y disposición discrepan. Asimismo, para el que crea que lo que quiere decir es que será impugnable por lesión la partición cuando el testador haya manifestado—en forma expresa o no—su voluntad de que sea impugnabile en caso de que la lesión exista, afirmamos que discrepancia y presunción racional de la facultad de impugnar por lesión coinciden siempre.

G) *Lesión, impugnabilidad por lesión, discrepancia entre disposición y partición y "otra voluntad del testador", coinciden siempre.*

Destacado ya que el decir que la partición es impugnabile por causa de lesión, siempre que la voluntad del testador aparezca o racionalmente se presuma que ha sido otra, es lo mismo que decir que es impugnabile por causa de lesión dicha partición cuando disposición y partición discrepan, conviene destacar ahora que ello sucede así—y se permite tal impugnación por lesión—porque siempre que discrepan hay lesión para algún cosucesor.

Aclaremos esto: el Código exige que el causante sea testador. Creemos indudable que ello no significa que todo el que testa pueda partir su herencia entera, por ejemplo, sino que podrá partir aquella parte de la que ha *dispuesto por testamento*. Tampoco el que otorga un testamento que es nulo o que se invalida después es, a nuestros efectos, testador. Así que nos parece exacto decir que al hablar de *testador*, para concederle la facultad de partir, el 1.056, como lo exige una correcta exégesis del mismo en relación con el 912 del Código, no se refiere a todo el que testa, sino a aquel cuyo testamento, además de ser válido y eficaz, contiene disposición de los bienes partidos (50 bis).

De lo anterior se desprende que la lesión, como causa de impugnabilidad de la partición hecha por el testador, aparte del caso de lesión de la legítima—que luego veremos a qué se refiere—, tiene que ser lesión de los derechos concedidos en el testamento. Habrá, pues, lesión si, por ejemplo, dispongo a favor de Ticio de la mitad de mi herencia, y al partir sólo le adjudico derechos que representen la décima parte de la misma (cuya décima parte sigue representando al momento de ser llamado Ticio a suceder), o si aunque representen la mitad de la herencia cuando la partición se realiza, después disminuye el valor de esos derechos de forma que se conviertan en la décima parte de dicha herencia. Nunca, sin embargo, se podrá hablar de lesión de derechos concedidos por la ley "ab intestato", porque siempre para poder partir se requiere, en las condiciones que decíamos, un testamento.

(50 bis) Esto no quiere decir que se tenga que haber dispuesto de bienes determinados, sino sólo que se haya dispuesto, al menos, de una porción de la herencia, en la cual quepan los bienes que se adjudican.

En estas condiciones, ciertamente, siempre que la partición discrepa de la disposición hay lesión, y siempre también que hay lesión es, por lo menos, presumible racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnada por lesión, puesto que toda lesión coincide con el hecho de que *la voluntad del testador fué otra*, por ejemplo, mantener la igualdad entre los coherederos, y, naturalmente, esa voluntad de igualarlos implica necesariamente la concesión del poder de impugnar la partición, como remedio para evitar la desigualdad que proviene de no atribuir, al partir, partes iguales, o de que siendo iguales esas partes al hacer la partición se conviertan después por cualquier razón—por ejemplo, cambio de valor—en desiguales. No es concebible que el que quiere en todo caso—al testar—la igualdad de sus herederos no quiera, a la vez, que si esa igualdad no se guarda no puedan utilizar esos herederos medios—la impugnación de la partición por lesión—para obtenerla (51).

De todo lo cual, podemos concluir afirmando: causa de impugnabilidad de la partición por lesión es—según el 1.075—que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador; cuya “*otra voluntad*”—otra respecto de la de la partición—quiere decir que disposición y partición discrepan; cuya discrepancia significa que existe lesión para algún cosucesor.

H) *Tres fórmulas en que se puede verter el sentido del 1.075.*

En definitiva creemos que hay una única realidad en la segunda parte del artículo 1.075, susceptible de expresarse de varias formas:

Un artículo 1.075, que es el que contiene el Código: “La partición hecha por el difunto... *puede ser impugnada por causa de lesión...* en el caso de que... *aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador*”.

Otro artículo 1.075, que es el que pensó nuestra doctrina: “La partición hecha por el difunto... *puede ser impugnada por causa de lesión...* en el caso... de que aparezca o racionalmente se presuma que *hubo voluntad del testador de que fuese impugnable por lesión*”.

Por último, un tercer artículo 1.075, cuya redacción nos parece la más apropiada para hacer ver que el 1.056 no dice lo que parece decir: “La partición hecha por el difunto... *puede ser impugnada por causa de lesión...* en el caso... de que *aparezca o racionalmente se presuma que hay lesión* (o lo que es lo mismo, que discrepe de la disposición).

Prosperará, pues, la impugnación si existe realmente *otra voluntad del testador*. Es decir, si—en virtud de que así aparece o de una presunción racional—se constata la existencia de esa otra voluntad del testador. Ello es lo mismo que decir que prosperará la impugnación si se constata la existencia de lesión.

En definitiva, es como si el 1.075 dijese: “Podrá ser rescindida la partición hecha por el testador por causa de lesión”.

(51) Téngase en cuenta que esa igualdad se quiere para cuando el testamento produzca sus efectos.

- I) El 1.075 permite impugnar por lesión la partición hecha por el testador, siempre que haya lesión.

En el artículo 1.074 se habla de *lesión*, ya que al referirse a particiones que no implican, en todo caso, testamento, la lesión no provendrá siempre de que la disposición testamentaria y la partición discrepen (puesto que tal lesión puede tener su origen en que la partición no se ajuste al llamamiento ab intestato).

Por el contrario, el artículo 1.075, al referirse a partición hecha por el *testador*, tiene forzosamente que partir de la base de que la lesión es necesariamente discrepancia entre la disposición testamentaria y la partición. Y por ello no habla de lesión, sino del hecho que la motiva: la discrepancia respecto de la voluntad del testador. Esto explica que en vez de decir que la partición es impugnabile por lesión, diga que es impugnabile cuando aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador: discrepancia entre partición y voluntad dispositiva, ya que esta discrepancia es necesariamente lesiva y la única lesión posible proviene de esta discrepancia.

Así, pues, con otros términos el 1.075, lo mismo que el 1.074, ordena que también la partición del testador sea impugnabile por lesión. El decir que la partición hecha por el testador no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra su voluntad, es como decir que no puede ser impugnada por lesión en otro caso, porque la lesión sólo es posible en ese (51 bis).

(51 bis) La comparación del Código con el Proyecto prueba que el art. 1.075, al tratar de la partición hecha por el testador, no establece una excepción al 1.074, sino que se limita a aplicar el criterio general que aquél sienta, a un caso particular, y a formular esta aplicación con palabras que dan idea exacta de en qué ha de consistir, necesariamente la lesión, en el supuesto—único—de partición—la hecha por el testador—que requiere forzosamente existencia de testamento.

Examinemos antes, relacionándolos, los arts. 1.074 y 1.075:

El Código establece la regla general en el primero: "Podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión..." Y luego el Código vuelve a sentar la aplicación de este principio a un caso concreto: art. 1.075.

Lo que ha hecho, sin embargo, pensar que este 1.075 es una excepción al 1.074 es tanto el "no" como el "sino" de aquél, que se suponen relacionados con el 1.074. O sea, se piensa: 1.º, regla general: "Las particiones pueden ser rescindidas por lesión" (1.074); 2.º, excepción: "La partición hecha por el testador no puede ser impugnada por causa de lesión"; 3.º, caso de partición (dejemos ahora la impugnabilidad por lesión en la legítima) hecha por testador en el que rige la regla general: "No puede ser impugnada—la partición—sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador."

Este modo de ver las cosas es equivocado. El *no* y el *sino* del art. 1.075 no tienen el sentido de referirse al art. 1.074 para declararle derogado o vigente. Su sentido pleno se encuentra en limitarse a una relación entre sí. El 1.075—repetimos—tiene por fin aplicar el mismo principio que el 1.074, y para eso—como la lesión, en su caso, no es posible nada más que por una discrepancia entre los dos actos volitivos del causante: disposición y partición—le es oportuno decir que la

Quede, pues, claro que ese “aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador” *no* tiene el sentido—como cree nuestra doctrina—de permitir a éste que conceda la facultad de impugnar su partición por lesión aun cuando ésta no alcance a la legítima, facultad que sin tal concesión expresa o tácita no existiría. Ese “aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador” *tiene* el sentido de conceder *por sí* la facultad de impugnar la partición cuando existe lesión.

Ahora bien: como—según advertíamos—siempre que aparece o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador, es obligado pensar que éste permite impugnar la partición en el caso de que exista lesión, resulta que coinciden los casos en los que la ley concede el poder de impugnar con aquéllos en los que es racionalmente presumible que lo concede el testador.

Así, el 1.075 es un maravilloso remedio. Es una especie de válvula de seguridad. Mientras partición y disposición concuerden, todo va bien. Aun cuando discrepen, todo sigue yendo bien, porque si es verdad que se produce un mal: la lesión, también lo es que esa discrepancia, que lesiona, en cuanto existe, comienza a dar el remedio para el mal que produce, cuyo remedio es la impugnabilidad por lesión, basada en que fué otra la voluntad del testador.

Siendo así las cosas, ya *no* hay lugar para el alegre desenfado, que parece alentar el 1.056, de partir—especialmente cuando se trata de partición por acto inter vivos—como le plazca al testador, sin atenderse para nada a lo dispuesto en el testamento. Porque ni siquiera el único límite que tendría esa partición—el de la legítima—es un límite que provenga de aquél—del testamento—, sino que nace de la ley y se impone al testamento mismo.

partición *no* será impugnada si *no* aparece o racionalmente se presume que fué *otra* (lo cual implica *una*) la voluntad del testador (lo cual implica testamento).

Si *no* existe esta discrepancia entre una y otra voluntad del testador, nunca es posible impugnar por lesión, porque *no* puede haber lesión. Si hay lesión—que será cuando existe discrepancia o, lo que es igual, fué otra la voluntad del testador—sí hay impugnabilidad, porque el 1.075 dice que la partición *no* puede ser impugnada *sino* en el caso de que fuese otra la voluntad del testador; lo cual es como decir que la partición *sí* puede ser impugnada *si* fué otra esa voluntad, o que puede ser impugnada *si sí* fué otra esa voluntad.

Veamos ahora que el Proyecto decía en su art. 923: “La partición hecha por el difunto *no* puede ser impugnada por causa de lesión...” Y en su art. 924: “Todas las demás particiones pueden ser rescindidas por causa de lesión.”

El Código, que pudo copiar al Proyecto si hubiese querido ordenar lo mismo que él, *no* habló, sin embargo, de *todas las demás*, ni mucho menos, sino que dijo: “Podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión” (art. 1.074). Por tanto, *no* son *todas* “las demás”, sino *todas* (las *demás* y también la hecha por el testador) las particiones las que pueden ser rescindidas por causa de lesión. Lo cual viene a confirmar que el art. 1.075 se halla dentro de la órbita del 1.074, sin que, por tanto, sirva ese 1.075, para que suceda en el Código como sucedía en el Proyecto, que la partición hecha por el testador reciba un trato diferente al de las demás, sino que el papel que desempeña es el de—repeñamos por última vez—aplicar a un caso concreto la regla general ya formulada haciéndolo de una manera más explícita y rica, de forma que su casuística sea especialmente explicativa.

Si esa exagerada libertad de partir existiera, no habría realmente partición, sino disposición, que por no requerir testamento implicaría, como dice la sentencia de 13 de junio de 1903, un modo de testar no previsto ni autorizado ni incluido en el capítulo del Código que trata de los testamentos.

En tal caso no vemos el interés que tendría exigir haber testado para poder partir.

El artículo 667 define el testamento como acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Al exigir el 1.056 testamento exige, pues, acto de disposición. Resultaría un tanto extraño exigir—en un mismo artículo: 1.056—que se haya dispuesto para poder partir, y, a continuación, permitir que en la partición se haga caso omiso de la disposición.

El entender el 1.056 en el sentido de que el testador partidor no ha de respetar la disposición que de los bienes partidos él mismo hizo, sino que le basta, para que su partición sea válida e inimpugnable, no violar las legítimas, nos parece inadmisibile: 1.º) porque el 1.075 marca el sentido y el justo límite de ese 1.056; 2.º) porque encontrándonos frente a una disposición y a una partición contradictorias—ya que si concuerdan no hay problema—, hemos de tener en cuenta las siguientes circunstancias: a) aquélla es de indudable rango superior y necesita hacerse en testamento, mientras que ésta—de rango inferior—no necesita ni siquiera encuadrarse en un instrumento testamentario; b) aquélla es la orden, ésta el cumplimiento. En estas condiciones, menospreciar la disposición para hacer triunfar la partición sobre ella es como ordenar que lo principal siga el destino de lo accesorio.

V. Concepto de lesión

Aunque lesión, en un sentido amplio, sea todo perjuicio, la lesión—a los efectos de la impugnabilidad de la partición, abarca única y exclusivamente los casos de perjuicio sufrido por la circunstancia de que lo atribuido, de que los derechos destinados a satisfacer la cuantía del derecho sucesorio conferido en el testamento, no la satisfagan realmente. Sólo hay lesión, pues, cuando lo asignado—y adquirido al producir sus efectos testamento y partición—para cubrir la porción o parte—alcuota o no—de herencia a la que se llama, no alcanza verdaderamente a cubrirla.

Así, el testador que instituye herederos por partes iguales a dos personas, y en la partición adjudica a una bienes por valor de las ocho décimas partes de la herencia, y a otra bienes por valor de las dos décimas restantes, lesiona a ésta con tal partición. Igualmente el que lega a dos personas por partes iguales todo sus bienes muebles, y al partir asigna a una muebles que valen ocho décimos del total de los que hay en el caudal relicto, lesiona también a la otra. De la misma manera hay lesión si, aunque al momento de hacerse la partición los bienes adjudicados cubran la porción a la que se llama, al momento de

sucedan los llamados, tales bienes—por disminución de valor, por ejemplo—no llenan las partes en pago de las cuales se adjudican.

Distintamente, la llamada *partición* que confiere a uno aquello de que se había dispuesto a favor de otro, no lesiona, en el sentido del artículo 1.075, a aquel que perjudica. Este artículo se refiere al caso de *partición* que lesione; pero en este último supuesto, aunque hay daño, éste no proviene de partición, porque no existe partición verdadera. Por ejemplo, se instituyen herederos a dos personas por partes iguales y a una tercera se le lega una casa y una joya. Al partir—por acto inter vivos, pongamos por caso—, la casa que se legó se asigna a uno de los herederos en pago de su cuota. No existe aquí partición, sino una verdadera e ineficaz derogación de la disposición que contiene el legado, ya que solamente anulado dicho legado se puede atribuir a un heredero la cosa legada. Por tanto, no se habrá de impugnar la partición por lesión, sino que se habrán de negar efectos a tal acto por no ser partición.

La partición tiene por objeto determinar las cosas que formarán los lotes. Evitar el estado de indivisión es una de las consecuencias de la partición hecha por el testador. Cuando la partición la hace éste no tiene que someterse al artículo 1.061, que no está dictado para tal clase de partición. Puede, pues, el testador incluir en esos lotes lo que le parezca, con tal de que el valor de ellos no se altere. Pero la determinación sólo procede cuando existe indeterminación. Cuando se ha *dispuesto* de cosas determinadas la partición no cabe, porque no hay nada que partir—determinar—. En el último caso, para que el legatario suceda en la casa y en la joya no hay que partir la herencia y adjudicárselas, porque la sola disposición le hará suceder en esas cosas concretas.

Sólo se puede partir entre unos instituidos sucesores aquello de que se ha dispuesto a favor de esos instituidos. Nunca puede alcanzar esa partición a adjudicarles aquello de que se dispuso a favor de otros, o, en general, de que no se dispuso a favor de ellos. Por eso en los dos primeros ejemplos vistos nos encontramos frente a una partición (52), aunque por no haberla verificado, guardando la *proporción* debida, sea impugnabile por lesión. Por el contrario, en el último no existe partición, y, por tanto, el artículo 1.075 es inaplicable, lo mismo que el 1.056.

Lesión, como hemos visto, es el perjuicio que se sufre por la diferencia entre el valor que se debía recibir y el inferior de aquello que se adjudicó y recibió. Ocioso es decir que esta idea impregna los artículos del Código que tratan de rescisión por lesión de la partición. Basta echarles una ojeada para comprobarlo.

Con respecto a la evaluación de las cosas asignadas a cada sucesor al partir, hemos de hacer notar que su valor es el valor que realmente tengan en el momento de la delación de la herencia a favor de estos sucesores. Contra esto que decimos no cabe oponer—por inexacta—

(52) Se *dispuso* a favor de dos personas, de la herencia o de los muebles, y entre ellas se parten esa herencia o esos muebles.

la idea de que—con tal que no perjudique las legítimas—a la valoración que debe atenderse es a la hecha por el testador (53).

El Código habla de lesión de la legítima—artículos 1.075 y 1.056, por ejemplo—. Para ver si hay tal lesión no se atiende a posibles valoraciones hechas por el testador, porque para fijar la legítima se atenderá al valor—pero al valor real—de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento (artículo 818). Fijada así, es claro que se la lesiona en cuanto los bienes dejados al legitimario no alcancen a cubrir el valor de la legítima que le es debida.

Igualmente, para ver si hay lesión en más de la cuarta parte, en el caso de partición hecha por el testador, se atenderá al verdadero valor de los bienes partidos. No la habrá si este valor alcanza al de la parte de la herencia a que corresponde. Si la habrá, por el contrario, cuando el valor de lo adjudicado en la partición sea inferior al de la parte de herencia de que se dispuso a favor del lesionado. Este es el mismo sano criterio objetivo que preside el artículo 1.074.

Lo que sí hay es que como el testador no tiene otro límite a su facultad de disponer que el de la legítima, cualquier disposición que realice de una cosa, valorando dicha cosa o dando normas para su valoración, prevalecerá en tanto no perjudique la legítima. Pero no prevalecerá porque se imponga la valoración que él realice, sino porque—habida cuenta del verdadero valor de la cosa de *que dispuso*—no perjudica la legítima. O sea, no hay libertad para valorar (mejor dicho, si la hay, aunque la valoración es, desde luego, inoperante como tal valoración), sino libertad para disponer.

Por otro lado, el valor (o la norma para fijarlo) que al partir dé el causante a lo partido sólo nos puede llevar—como elemento de interpretación—a entender que su voluntad fué disponer en la forma en que partió. Y si es posible entender manifestada esa voluntad en la declaración testamentaria, prevalecerá. Pero si hemos de llegar a la conclusión de que dispuso en determinada forma—por ejemplo: sean herederos mis tres hijos por partes iguales—y que la partición, teniendo en cuenta el valor real de lo partido, no se ajusta a la disposición, sino que la concordancia de ambas es sólo aparente (concordancia basada en las valoraciones realizadas por el testador), entonces la partición será impugnabile por lesión.

VI. Si la lesión debe ser en más de un cuarto

La lesión nos parece que deberá ser en más de un cuarto. Esto es aceptado unánimemente. Es decir, independientemente del sentido en que se tome el artículo 1.056 y de la interpretación que se dé al 1.075, se admite que, para poder impugnar por lesión una partición hecha por

(53) En este sentido—que rechazamos—ya vimos cómo la reciente sentencia de 6 de marzo de 1945 decía que el testador tiene una amplia libertad no sólo en la composición cualitativa de los lotes, sino también en la *distribución valorativa*. Cfr. también el art. 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil.

el testador, no basta que haya lesión y que se den las circunstancias que la interpretación dada al 1.075 exija—por ejemplo, según la interpretación común de ese 1.075, que aparezca que fué voluntad del testador que se pudiese impugnar por lesión, aunque ésta no alcanzase a la legítima—, sino que es necesario que la lesión ascienda a más de un cuarto.

Aunque pueda parecer y haya parecido—cómo puede observarse en la doctrina y jurisprudencia que recogimos—que los artículos 1.056 y 1.075 pretenden hacer de la partición que el testador realiza una partición más inatacable por lesión que las demás, ya hemos visto que por esta causa es siempre impugnabile, lo mismo que las otras. Ahora bien: comprobado que las apariencias del 1.056 son engañosas y que el “se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos” no hace—en este aspecto—la partición que el testador realizó, más invulnerable que cualquier otra, hemos de reconocer que, desde luego, lo que no es admisible frente al 1.056 es suponer que el deseo del legislador fuese hacer dicha partición más fácilmente atacable que las demás. Y eso mismo es lo que se deduce también de la relación entre los artículos 1.074 y 1.075. En efecto: el 1.074 sienta el criterio general de que “podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de un cuarto”. Lo cual significa que no se tienen en cuenta lesiones de menos monta; es decir, que lesión con efectos jurídicos sólo es la lesión en más de un cuarto, y que, por tanto, para el Derecho, si no alcanza ese límite, es como si no existiese. Por eso cuando después se habla de la impugnabilidad por lesión o de la duración de la acción rescisoria por causa de lesión se sobrentiende que el Código se refiere a impugnabilidad por lesión o a acción rescisoria por causa de lesión, pero por lesión o de lesión en más de un cuarto.

Admitido, pues, que la partición hecha por el testador es impugnabile por lesión, es necesario hacer notar que tanto aquel artículo como estos dos, exigen que lo sea *solamente* cuando lo son las demás, o sea cuando la lesión supere el cuarto.

Se permite impugnar la partición hecha por el testador cuando sea otra su voluntad, es decir, cuando haya lesión. Lo cual es permitir impugnar por discrepancia, porque ésta es lesiva.

Con carácter general se ha exigido que para que las particiones sean impugnables por lesión no basta que haya lesión, sino que es preciso que ésta supere el cuarto, o, si se prefiere, se ha dicho que no se estima que haya lesión hasta que ésta sobrepase ese cuarto; lo cual quiere decir que la discrepancia entre partición y disposición no se toma en cuenta en el 1.075 ni sirve para impugnar por lesión la partición, hasta que produzca una lesión en más de un cuarto.

Habría razones para rechazar lo de que la partición del testador haya de producir lesión en más de un cuarto para poder ser impugnabile.

Primeramente, la referible a toda partición de que, dado el criterio que preside la regulación de esta materia en el Código, de permitir indemnizar al lesionado que impugna, evitando así el que se proceda

a nueva partición, sería más justo no exigir una lesión de tanta monta—que tratándose de herencia cuantiosa puede ser verdaderamente elevada—y admitir la impugnación basada en otras menores.

En segundo lugar, también es de tener en cuenta la especial naturaleza de esta partición, que hace que carezca de garantías que ofrecen las otras, y que encierre posibilidades de lesión en casos en que esas otras no las encierran. Piénsese, por ejemplo, en las particiones judiciales o en las hechas de común acuerdo por los interesados. Las seguridades que aquéllas ofrecen y la intervención de los comuneros en ésta hacen o más difícil el que se lesione o más fácil que, por esa intervención, se puedan defender los propios intereses, y que, en último término, si éstos se perjudican se deba exigir—para impugnar—un perjuicio mayor, proporcional a la mayor posibilidad de defensa que esta clase de partición ofrece. Y no concurriendo estas circunstancias en la partición hecha por el testador, sería más justo permitir impugnarla por cualquier lesión cuando sin lugar a dudas se demostrase su existencia.

Esa falta de garantías y seguridad proviene muy especialmente de que los bienes que se parten en cualquier partición no hecha por el testador—cuya partición no hecha por el testador confiere, según el artículo 1.068, a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados—, lo mismo que su valor, no han estado expuestos—entre partición y adquisición—a las alteraciones y cambios a que lo están, tanto ese valor como las propias cosas adjudicadas, en la hecha por el testador, cuyos cambios y alteraciones es injusto que las sufra aquel cuyos no son todavía los bienes (54).

(54) Contra esta afirmación no cabe alegar un argumento que a simple vista puede parecer acertado. He lo aquí: en principio general, el que sucede en derechos determinados, se perjudica o se beneficia con los cambios desfavorables o favorables atinentes a dichos derechos, y que tienen lugar desde que se le instituye hasta que los adquiere. Por ejemplo: el legatario recibe la casa que se le legó, valga más o menos que cuando se redactó el testamento, y no tiene derecho a nada más, aunque al morir el causante se halle ya en estado ruinoso.

Basándose en esto se podría quizá decir que sucediéndose también, en el caso de partición hecha por el testador, en aquello determinado que éste incluyó en cada lote, sería lógico que el beneficio o perjuicio que los componentes de este lote experimenten afecten exclusivamente a aquel a quien fué asignado.

Admitir este argumento como bueno sería erróneo, porque en el caso del legatario éste sucede en el derecho determinado porque se le instituyó en él, mientras que en el caso de partición hecha por el testador no se sucede en los derechos que forman el lote porque se haya instituido en ellos, sino sólo en cuanto se les asigna para satisfacer el derecho sucesorio que se confirmó.

Al momento de la delación, el legatario es llamado a ser titular de un derecho de propiedad sobre la casa, valga lo que valga. El coheredero al que se asigna una casa, en el caso de herencia que dividió el testador, no es llamado a ser titular de un derecho de propiedad sobre esa casa, valga lo que valga, sino que es llamado, por ejemplo, a una cuarta parte de la herencia, para cubrir cuya parte se le asignó la casa. Así, pues, no es llamado a ésta en sí, sino en cuanto representa un cuarto del valor de la herencia. De tal manera que si tal casa ha disminuído de valor desde que se redactó la partición y no alcanza a cubrir ese cuarto, tendrá derecho a que se le complete hasta cubrir la porción a que se le llamó.

Todo ello quiere decir que verdaderamente serán muchos más los casos en los que la partición hecha por el testador produzca lesión que aquellos otros en que la produzcan las otras particiones. Y, por tanto, que serán muchas más las lesiones que se queden sin reparar—las que no superen el cuarto—en aras de un principio de estabilidad de la partición, para cuya defensa se podrían arbitrar medios—indemnización, por ejemplo—que, permitiendo conseguir el mismo fin, dejasen a salvo los derechos que con el procedimiento de lesión en más de un cuarto se sacrifican.

A pesar de todo esto, tenemos que reconocer que el Código—basado en este mal entendido principio de estabilidad de la partición—, y su interpretación unánimemente aceptada y acertada—según creemos—, imponen el límite del cuarto a la posibilidad de impugnación por lesión de la partición hecha por el testador.

VII. Momento en el que debe apreciarse la lesión

Dice el artículo 1.074: “Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”.

Y para apreciar la existencia de lesión en más de un cuarto en la partición del testador, cabe preguntarse: ¿A qué momento hemos de atender para calcular el valor de las cosas?

Creemos que—habida cuenta de la particular naturaleza de la partición hecha por el testador—la respuesta la da la aplicación del principio que preside el 1.074 a nuestro caso.

La última palabra de este artículo—*adjudicadas*—no se debe entender—con referencia a la partición hecha por el testador, que es siempre un acto mortis causa—que alude al momento en que la partición se realiza y se incluyen los bienes en cada lote, sino a aquel otro en que dicha partición entra en vigor y produce sus efectos. Es decir, los bienes partidos por el testador se entienden adjudicados en el momento en que se produce la delación a favor de aquel en cuyo lote están incluidos. O, si se quiere—a tenor de lo que decimos más arriba—, el espíritu del “*adjudicadas*” del 1.074 aplicado a la partición del testador, postularía el cálculo de la lesión atendido el valor de los bienes al momento de producirse la antedicha delación. Ese, y no el en que se realizó la partición, es el momento para calcular si existe lesión en más de un cuarto.

En favor de esto podemos aducir, además, lo siguiente: en los Códigos italiano de 1865 y francés, en los que, como se sabe, el tipo de partición por acto inter vivos es una auténtica donación por acto inter vivos, se admite—como ya vimos—la impugnabilidad de la partición por lesión en más de un cuarto, en aquél sólo para las realizadas por acto inter vivos, en éste también para las testamentarias (55). Ahora

(55) Artículos 1.048 y 1.079. Sobre esto y lo siguiente, véase PACIFICI-MAZZONI: *Codice civile italiano commentato*, vol. VI, 4.ª edic., Firenze 1910, n. 218 y siguientes. BELORTI, ob. cit., n. 282 y sgs.

bien; para calcular la lesión en la partición-donación (partición por acto inter vivos, en sentido técnico, y no mortis causa, encerrada en forma inter vivos, como es la partición por acto inter vivos del 1.056) sería mucho más lógico en ambos países que en el nuestro, el tener en cuenta el valor de los bienes al momento de partirlos, ya que desde ese momento los adquiere el donatario. Pues bien; no sucede así. En Italia, aunque la opinión dominante se inclina por la apreciación de la lesión según el valor de los bienes al momento de la partición (véase artículo 1.041 del Codice civile), no falta quien haya sostenido el punto de vista de que se debe atender al valor que tienen al morir el causante-partidor (ascendiente) (56), y en Francia la opinión más extendida es esta última (57), y particularmente la jurisprudencia sostiene reiterada y firmemente que la evaluación de la lesión debe hacerse en la época del fallecimiento porque la apertura de la sucesión del ascendiente es lo que da al acto que realizó el carácter de partición hereditaria y lo único que permite atacarla por causa de lesión (58). Cuando se trata de partición testamentaria, la doctrina y jurisprudencia francesas entienden unánimemente que el momento del fallecimiento es el indicado para la apreciación de la lesión. Todo ello a pesar de tener en su derecho un artículo 890 que, como nuestro 1.074, dice: "Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage".

VIII. Verdadero sentido del artículo 1.056

Si en buenos principios es inadmisibile un artículo 1.056, entendido en la forma en que comúnmente se le entiende, más inadmisibile es todavía cualquier intento de justificarlo en la forma en que también comúnmente se le intenta justificar. Creemos que si no hubiese habido manera de eludir tal artículo 1.056 con un sentido como el que rechazamos, a lo más que se podría haber llegado sería a excusarlo, pero nunca a tratar de justificarlo, y decimos tratar, porque para nosotros tenemos que lo más que cabe es un intento de justificación, pero no éste ni nada que verdaderamente se le asemeje.

Sin embargo, se le suele ver como una cosa muy natural a ese 1.056 —en su mal sentido—y repetir de él algo que ni es nuevo ni mucho menos, y que ya GARCÍA GOYENA había recogido y dicho del 899 del

(56) Véase BELOTTI, ob. cit., n. 291.

(57) Véase AUBRY et RAU: *Cours de droit civil français*, 4.^a edic., t. VIII, § 734, nota 12; REQUIER: *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, París, 1868, núms. 134 a 138; BELOTTI, ob. cit., pág. 246, nota 1.

(58) PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 9.^a edic., t. III, n. 3.387; BAUDRY-LACANTINERIE: *Precis de Droit civil*, t. III, 12.^a edic., n. 1.329. Particularmente critica BAUDRY-LACANTINERIE que la jurisprudencia, que comenzó por admitir que se puede ejercitar la acción rescisoria por lesión tan luego como se haya realizado la partición lesiva, se haya orientado posteriormente en el sentido que indica el texto; COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. cit., pág. 141; BELOTTI, ob. cit., n. 286.

Proyecto de 1851, que—como sabemos—es su causa próxima: “Cuando los herederos no sean forzosos, mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos o descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe la legítima” (59).

Realmente ese sentido del 1.056 sería una proposición íntegramente herética, después de haberse sentado el dogma de que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento (art. 667 del Código), y de haber señalado unas formas *ad solemnitatem* de disposición *mortis causa*, y de haber dicho antes que la sucesión se difiere por voluntad del hombre *manifestada en testamento* (art. 658). Es decir, que no basta la voluntad manifestada, por muy indudable que sea tal manifestación de voluntad (por muy clara que aparezca en la partición).

Como hemos advertido con anterioridad, en el caso de no existir legitimarios, la partición hecha por el testador carecería de límite alguno y sería una auténtica forma de disponer *mortis causa* sin necesidad de testamento. Mejor dicho, no sin necesidad de testamento, ya que el partidor deberá haber testado, sino con necesidad de testamento que sirviese de una especie de testafarro, puesto que existiendo él, ya se podría hacer de la herencia lo que se quisiese—o poco menos—, haciendo caso omiso del testamento. Algo semejante sucedería si existiesen legitimarios, ya que con la partición se podría conseguir lo mismo que con el testamento, puesto que también éste tiene el límite de la legítima.

Se nos dirá que el que no tiene legitimarios y puede testar en forma tan sencilla como la ológrafa no recurrirá probablemente a esas maquiavélicas maquinaciones para dar a su herencia el destino que le plazca; pero podemos responder que, aunque prácticamente sean así las cosas, ello no quita ni un ápice de fuerza, desde el punto de vista teórico, a la postura que adoptamos.

Por otro lado, muchas veces la discrepancia entre partición y disposición proviene de cambios operados en los bienes que compondrán la herencia o en su valor, y en estos casos la discrepancia no es achacable a que en el momento de partir no se haya atendido el testador a su disposición, pero es lo cierto que la discrepancia ha surgido. En estos casos se ha operado un cambio objetivo y no en la voluntad del testador-partidor. No se puede decir que el testador, si hubiese querido realmente lo que dispuso, podía haber partido de acuerdo con su disposición, porque así lo hizo. Se nos puede, sin embargo, objetar que si siguió queriendo la disposición, pudo haber modificado la partición, pero podemos responder que de haber querido verdaderamente la partición—según el nuevo estado de cosas—habría variado la disposición, cosa que no hizo (59 bis).

(59) Ob. cit., t. cit., pág. 263.

(59 bis) Hay supuestos en los que ni siquiera es posible hacer esa objeción. Por ejemplo: El que después de disponer y partir, sufre enajenación mental, al cual no le cabe la posibilidad de rectificar una partición que por cambio de bienes o del valor de los mismos, haya llegado a discordar de la disposición.

Además, que las solemnidades requeridas para disponer mortis causa no son un mero capricho. No cabe admitir que las formas testamentarias sean un antojo del legislador, al que le place que la manifestación de voluntad no valga por sí sola, sino encerrada en esos moldes. Se olvidaría, al objetarnos en las maneras arriba indicadas, que el fin de seguridad que persiguen las formas de testar—cerciorarse hasta el límite de lo posible que aquélla es la manifestación auténtica de la auténtica voluntad del testador—no se consigue si sin ellas se concede eficacia a la manifestación de lo querido. Y si se piensa de otra manera, no sabemos entonces a qué se aguarda para pedir la desaparición de toda clase de formas *ad solemnitatem* en estas materias y la implantación en un nuevo Ordenamiento de Alcalá, del principio: "En cualquier manera que parezca que uno quiso disponer mortis causa valga su disposición".

Menos mal que el artículo 1.075 hace ver claro que el 1.056 no es lo que el 899 del Proyecto era, y felizmente tampoco necesitamos decir para excusarlo lo que GARCÍA GOYENA decía del 899 al justificarlo: "La partición hecha por el testador era la más firme entre los romanos, pues no se rescindía por lesión enorme si quedaba salva la legítima" (60).

Si se fundamenta el que deba pasarse por la partición—en cuanto no perjudique la legítima—en el hecho de que se podía haber *dispuesto* sin otro límite que esa legítima, y, por ejemplo, se razona así para hacer triunfar una partición, que discrepe del testamento, realizada por acto inter vivos después de ese testamento (61); nos bastaría repetir, para hacer ver que ese pretendido fundamento no existe, que, por lo menos, igual de clara e indudablemente se aprecia el cambio de voluntad cuando se otorga un testamento posterior disponiendo de la herencia de forma distinta de la que se dispuso en el anterior, y que, sin embargo, si el posterior es nulo por defecto de forma, no por eso la voluntad en él manifestada prevalece en cuanto no perjudique la legítima, contra lo que se dispuso en el anterior.

Nos parece que siempre deberá cumplirse la disposición y adaptar a ella la partición en caso de discrepancia, no ya por el rango superior de aquélla ni porque aquélla es la ley y ésta el reglamento, sino por otra razón más aplastante si cabe: por la de que lo quiso el testador.

Permítasenos repetir de nuevo el argumento que refutábamos, y volverlo del revés: se dice que el límite de la partición es la legítima y que es lógico respetar esa partición, en la que se concreta la voluntad del causante, puesto que de lo que el causante partió y atribuyó respetando la legítima, pudo disponer en la forma misma en que partió.

Precisamente éste es nuestro argumento en contra de la validez de esa partición en cuanto discrepe de la disposición: si se dice que lo que se hizo *partiendo* debe imponerse porque se pudo hacerlo *dispo-*

(60) Ob. cit., t. cit., pág. 263.

(61) Piénsese que hay algo más grave: que el testamento sea posterior a la partición, como admiten las sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945.

nicndo, nosotros respondemos que si no se hizo *disponiendo*, sino que se *dispuso* otra cosa—y no se alteró la disposición hasta el momento de la muerte—, indudablemente es porque no se quiso, ya que se pudo (62).

El 1.056 ni dice que la partición debe ajustarse a la disposición, ni da ningún remedio para que cuando exista discrepancia entre ellas se subordine la partición a la disposición, pero ni deja de decirlo ni deja de darlo porque falten ambos principios, sino porque no le incumbe esa misión. De sobra ha proclamado el Código que el acto de disposición mortis causa ha de realizarse en testamento, y la propia naturaleza de las cosas indica que partición, división, determinación de los bienes concretos con que satisfará el derecho sucesorio, es algo subordinado, al acto dispositivo, es ejecución del mismo y, por tanto, que siempre ha de posponérsele. Por otro lado, basta con el 1.075 para poder impugnar la partición que discrepe de la disposición.

Ante todo, nos interesa destacar esto: no se nos puede objetar que incurrimos en petición de principio, porque no damos por hecho, sin fundamento, que la partición deba ajustarse a la disposición; lo único que reconocemos es que tal necesidad no se declara explícitamente en el artículo 1.056, pero indudablemente existe, como se manifiesta de forma definitiva en el 1.075 al permitir que se impugne la partición que discrepe de la disposición. O sea, ese principio de subordinación de la partición a la disposición, que se expresa en el 1.075 y que es base del mismo, es también la base, aunque no se exprese, del 1.056.

Ahora bien; no se crea que sentado esto hayamos dejado carente de todo sentido el artículo 1.056.

En primer lugar, éste sirve para ordenar que sólo puede partir el que testa. En segundo lugar deroga el 1.061, permitiendo al testador adjudicar cosas de distinta naturaleza, calidad y especie.

Ciertamente que el “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima” quiere decir algo más, pero ello lo vamos a ver:

Quiere decir que no es necesaria para la validez de la partición la aprobación de los sucesores interesados. Quiere decir también, advierte SÁNCHEZ ROMÁN, que en cualquier modificación o adición que en la partición se imponga, habrá de tenerse como criterio preferente el

(62) El testador instituye herederas por partes iguales a dos personas no legítimas, y por acto inter vivos, parte, atribuyendo a una bienes por valor de ocho décimas partes, o bien parte haciendo dos grupos de bienes que realmente valen igual; pero después—por las razones que sean—el valor de los bienes de un lote aumenta y el del otro disminuye hasta el punto de valer ocho y dos décimas, respectivamente. Muere sin modificar ni el testamento ni la partición.

Al que diga que se pasará por la partición, creemos que no sería ninguna salida de tono responderle que los herederos sucederán por partes iguales: 1.º, porque hay un art. 738 que dice: “El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar”, y un 1.075 que dice aquello tan repetido de que la partición hecha por el testador puede impugnarse por lesión en el caso de que aparezca o racionalmente se presume que fué otra su voluntad; 2.º, porque la *disposición*—testamento—no ha sufrido modificación, o sea, se sigue queriendo—tanto, por lo menos, como aseguran que se quiere la partición, los que sostienen el punto de vista contrario al nuestro—, y en ella se ordena la sucesión por partes iguales.

de conservar dicha partición hecha por el difunto, mientras sea posible, limitándose a modificarla o adicionarla en lo que fuere preciso (63).

Como indicó la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, el precepto de este artículo 1.056 "no tiene más alcance que el de poder hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento de la persona de quien procede, bien para economizar este trabajo a los herederos, bien para realizar la adjudicación de los bienes de manera más conforme con la voluntad del testador".

Si el "se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima" se entendiese en el sentido absoluto que propugnan los que defienden que no ha de ajustarse la partición a la disposición, habría que llevarlo a sus últimas consecuencias y admitir que *ninguna, absolutamente ninguna* causa que no fuere ésa permitirá impugnarla, lo cual es de todo punto insostenible.

El artículo 1.056 indica que la partición carece de base cuando no hay disposición o ésta es ineficaz. Significa este artículo que *la partición vale en tanto valga la disposición*. Que se pasará por la partición en cuanto no perjudique la legítima—habida cuenta de que ha de ajustarse la partición a la disposición—quiere decir que, si no es atacable por otras razones ajenas a la cuestión que estudiamos, *se pasará por ella en cuanto haya que pasar por la disposición* que el testador haya realizado, ya que por ésta hay también que pasar en cuanto respete la legítima. Por eso decía con acierto SÁNCHEZ ROMÁN que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más que la de ajustarse al testamento, pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella a la legítima, afecta realmente a la disposición testamentaria y no a la partición.

Cuando el testador, al disponer, viola lo ordenado en el Código referente a la legítima, se concede al titular del derecho violado el poder de atacar la disposición. Esto sucede así porque el Código es ley de los testamentos (disposiciones).

Cuando el partidor viola lo dispuesto en el Código (ley del testamento) sobre la legítima, o en el testamento (ley de la partición) sobre la herencia, se le concede al perjudicado el derecho de impugnar. Y eso es lo que hace el 1.075 al permitir atacar la partición por lesión en la legítima—*en el caso de que la partición se ajuste y concuerde con una disposición lesiva para la legítima*, ya que también es atacable tal disposición por no atenerse a su ley—y al permitir también atacar la partición que discrepe de la disposición realizada en el testamento.

Fijado así el sentido del artículo 1.056, vemos que, como el 1.075, responde a la idea de que el testador en la partición debe respetar la disposición, o, para ser rigurosamente exactos, responde a la idea de que, al momento de producir sus efectos, disposición y partición deben

(63) Ob. cit., t. cit., pág. 1991.

concordar y llevar ésta a aquélla verdaderamente a la práctica (64). Y si esto no se lleva al extremo de no tolerar ninguna discordancia, por pequeña que sea, es porque, como decíamos, en aras de un principio de estabilidad de la partición mal entendido, y habida cuenta de la extraordinaria dificultad práctica de medir exactamente y sin lugar a dudas el valor de los distintos elementos de la futura herencia, para que hasta en lo más nimio fuese la partición un reflejo de lo dispuesto, se considera que la discordancia no es digna de tener en cuenta o que, con un criterio amplio, no hay tal discordancia cuando la lesión que se produce no sobrepasa el límite del cuarto. Es decir, jurídicamente no hay discrepancia digna de ser tomada en cuenta si—permítasenos—el desacuerdo no supera ese límite.

Aunque por distinto camino, llegamos a la misma conclusión que SÁNCHEZ ROMÁN (65) sostiene de forma decidida. Rotundamente afirmamos con él que la partición, *hágala quien quiera*, no suple al testamento ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarda conformidad con las disposiciones de aquél y se ajusta a ellas.

IX. Lesión y evicción

I. Relación entre ambas.

Quizá fuera más perfecto en un instituto como el de la partición hecha por el testador, excesivamente alejado de aquellos otros en los que realmente procede insertar la obligación de garantía (66), admitir que al producirse la evicción lo que hay o se descubre es una efectiva lesión.

Verdaderamente, la obligación de garantía o saneamiento es aplicable no sólo a la compraventa, sino en general—como se suele advertir—a los contratos traslativos a título oneroso. Y así el mismo Código—indica, por ejemplo, CASTÁN (67)—habla de saneamiento o hace aplicación de sus principios en lugares diversos de la compraventa, como la permuta (art. 1.540), el arrendamiento (art. 1.553) la enfiteusis (art. 1.643), la sociedad (art. 1.681), la donación onerosa (artículo 638), las particiones (arts. 1.069 y 1.070), etc.

(64) Como el momento que importa para juzgar las relaciones entre disposición y partición es aquel en que se produce la delación a favor de los instituidos en los bienes partidos, resultará que lo mismo que es atacable la partición que concordase con la disposición al momento de redactarla pero que no se ajuste a ella al momento de la delación, no será atacable la partición que en este momento ejecute verdaderamente la disposición, a pesar de posibles discordancias anteriores.

(65) Ob. cit., t. cit., pág. 2122.

(66) Hablamos de que proceda la inserción de esta obligación, situados en el punto de vista de nuestro Código. Para nosotros, desde luego, sería preferible entender que para estar obligado a la garantía no hace falta la existencia de esta obligación en particular, como algo distinto y aparte, sino que basta con la obligación principal, de la cual la garantía no es nada más que una consecuencia.

(67) Ob. cit., t. III, pág. 40.

Ahora bien; es que los distintos tipos de partición son a veces tan desemejantes—en algunos aspectos—entre sí, que no se pueden aplicar a todos las mismas reglas.

Sin entrar aquí ahora en problemas relativos a la naturaleza declarativa o traslativa de la partición, podemos asegurar que si alguna reúne las notas de contractual y traslativa a título oneroso, esa es la realizada por los cosucesores de común acuerdo, por lo cual tiene las características para que, con más acierto que en ninguna otra partición, se pueda entender que nace de ella la obligación de garantía de los lotes. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de la partición hecha por el testador. En ésta ni hay contrato, ni transmisión de unos cosucesores (los que garantizan) a otro, ni siquiera la única transmisión—del testador al sucesor—que, cuando la partición produce sus efectos, se realiza, es a título oneroso. De forma que esta partición, que precisamente lo que hace es evitar la comunidad hereditaria, difícilmente podría generar—en buena técnica jurídica—la obligación de sanear los lotes y hacer que esa obligación pesase sobre el que sucede en los derechos que se le asignaron, con absoluta independencia y perfecta separación de aquel cuyo lote está obligado a sanear.

La obligación de sanear implica un tipo de relación entre sus sujetos activo y pasivo—relación en la que se basa—, cuyo tipo de relación no existe entre los cosucesores en el caso de que la partición la haga el testador.

Por todo esto pensamos que lo exacto hubiese, probablemente, sido entender que el efecto dañoso de la evicción, cuando la partición la hubiese hecho el testador, se borraría no mediante el expediente de una obligación de sanear—en su más riguroso sentido—, sino por el camino de una reparación que habrían de realizar los cosucesores, en concepto no de obligados a sanear—en ese sentido estricto—, sino de obligados a indemnizar a su cosucesor lesionado.

La evicción al producirse acarrea un perjuicio, cuyo perjuicio, o es por sí una lesión o muestra realmente la existencia de ella, porque se descubre que el que sufrió la evicción no había adquirido el derecho que da lugar a que ésta se produzca. Lo cual quiere decir que aparece un vacío entre los derechos que debieron serle conferidos para satisfacer la cuota que, en virtud de la disposición testamentaria, le era debida. Es decir, que no recibió el valor debido, ya que en parte—en lo que se produjo la evicción—la adquisición fué ficticia.

Así pues, la evicción o es productora de lesión o es prueba de que la lesión existe. Pero ésta se debe corregir como tal lesión, bien que teniendo en cuenta que su descubrimiento posiblemente posterior al momento de extinción de la acción ordinaria de impugnación, así como alguna otra peculiaridad, pueden dar lugar a ciertas especialidades, por ejemplo, que solamente permita exigir indemnización (68).

(68) Propiamente el Código habla de lesión para designar lo que podríamos llamar lesión inicial—o sea, valor de lo adquirido que no alcanza al de lo debido adquirir—; pero es que la evicción es solamente eso—ya que el que se produzca es consecuencia de la falta de adquisición de un derecho—, o si se quiere, todo

Pues bien, sea de lo anterior lo que fuere, lo que es en rigor equivocado es hablar—como vimos que lo hacía el Proyecto de 1851—de obligación de sanear, para luego, cuando la evicción se produzca, conceder el remedio de impugnación de la partición por lesión.

Pero visto precisamente eso anterior, cabe insinuar que al permitir el artículo 923 del Proyecto impugnar por lesión la partición hecha por el testador cuando se produzca la evicción y aparezca o racionalmente se presume que no quiso el testador que cesara entre los coherederos el deber de garantía, lo que se hace no es crear un supuesto de saneamiento en sentido técnico, sino simplemente utilizar, con inexactitud terminológica, una expresión—“quedar los coherederos obligados entre sí a la evicción y saneamiento—que lo que realmente quiere decir es que se puede impugnar la partición por lesión cuando se dé el supuesto —evicción—que *obligaría* a sanear.

Volviendo al Código, cabe afirmar que, en definitiva, la obligación de sanear y la impugnación de la partición por lesión—habida cuenta de que el artículo 1.077 permite al demandado optar por indemnizar—desembocan en lo mismo siempre que éste lo quiera.

2. *Vicios ocultos.*

Surge una duda, por lo que se refiere a los vicios ocultos. Como vimos, en P. 6, 15, 9, solamente se hablaba de evicción: “Por hacer partición de los bienes que han en uno los herederos viniendo delante del juez, deueles de su oficio mandar, después que la partición es fecha, que den recabdo los unos a los otros, que si alguno otro extraño demandasse después alguna cosa de las que cayessen en parte a alguno dellos, mostrando que ha derecho de la auer, toda, o parte della, que *si le venciere por juyzio*, los otros herederos sean tenudos de facerle emienda de aquello que assi perdía”. También el Proyecto de 1851 hablaba sólo de “quedar obligados los coherederos entre sí a la *evicción y saneamiento*” (art. 917). (69). Lo cual era algo así como lo que se decía en el Código francés: “Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des *troubles et évictions* seulement qui procedent d’une cause antérieure au partage” (art. 884, primer párrafo). De cuyo Código copió, más al pie de la letra, el italiano de 1865: “I coeredi si debbono vicendevole garntia per le sole *molestie el evizioni* procedenti da causa anteriore alla divisione” (art. 1.035, primer párrafo).

Igualmente, al tratar de los casos en que no ha lugar la obligación de

lo más, podría quizá concebirse como una lesión sobrevenida. La prueba de su carácter verdadero es que debe quedar a salvo la legítima del que la sufre; lo cual es suficientemente significativo a la vista del art. 818.

Sobre relaciones en nuestro Código entre lesión y evicción, cfr., por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., t. cit., pág. 2.108. y MANRESA, ob. cit., t. cit., páginas 742-3.

(69) Como el Proyecto tampoco habla de vicios, al tratar de lo relacionado en él con la obligación de garantía, sólo hemos hablado de garantía en caso de evicción lo cual no debe entenderse sino en el sentido de haber dejado pendiente la cuestión de si la garantía abarca a los vicios.

garantía, se alude solamente a la *evicción*. Así, P. 6, 15, 9; "Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo... si después que él finase, *evenciessen alguno dellos en juyzio* alguna de las cosas que le vinieren en su parte, estonces los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna". El Proyecto decía: "Cesa también la obligación del artículo 917 cuando de buena fe se pactó lo contrario, y cuando la *evicción* proceda de causa posterior a aquélla, o por culpa del heredero que la sufre". Y el Código francés: "La *garantie n'a pas lieu*, si l'espèce d'*éviction* soufferte a été exceptée par una clause particulière et expresse de l'acte de partage; elle cesse, si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'*éviction*" (art. 884, 2.^a parte). Y el Código italiano: "La *garantía non ha luogo*, se la *qualità della evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espresa nell'atto di divisione*, o se il coerede *soffre l'evizione per propria colpa*" (art. 1.035, segundo párrafo).

El Código, siguiendo esa trayectoria, habla también sólo de *evicción* y saneamiento (70) en su artículo 1.069, y ya únicamente de *evicción* en el número 3.º del 1.070, así como en el 1.071.

Nuestra doctrina entiende casi unánimemente, sin embargo, que se refiere el Código, al imponer la obligación de sanear, tanto al saneamiento en caso de *evicción* como en caso de vicios ocultos, y que lo que hay es sólo que se expresa defectuosamente. Sentado ya esto, añaden los autores que son de aplicar las reglas que rigen el saneamiento en la compraventa.

Cabe, además de ésta, otra postura, la de entender que no existe obligación de saneamiento por vicios, porque éstos producen una disminución del valor de la cosa viciada, y si en la partición no se tuvo en cuenta este menor valor, lo que realmente existe es un supuesto de lesión.

Los coherederos no se deben—dice, por ejemplo, PACIFICI-MAZZONI (71)—garantía por vicios y defectos de la cosa. El artículo 1.035 del Código italiano—y lo mismo podríamos decir de los de nuestro Código—no deja duda ninguna, ya que solamente alude a perturbación y *evicción*—el nuestro se refiere a ésta, pero no a aquélla—, y calla sobre los vicios o defectos. El silencio este es más decisivo si se tiene en cuenta que al hablar de la obligación de garantía en la venta—lo mismo el artículo 1.081 del Código italiano que el 1.474 del nuestro—se alude expresamente a los vicios o defectos ocultos. Las cosas hereditarias deben dividirse como son. Las viciadas valen menos que las no viciadas. Si se han estimado en más de su valor efectivo, el coheredero sufre un daño, el cual si es lesivo dará lugar a la rescisión.

Entre nosotros, MANRESA (72) acoge este punto de vista: cree du-

(70) Que, por otro lado, es inexacto, porque, como se sabe, no es que se esté obligado a la *evicción*, ni que, además, se quede obligado al saneamiento, sino que existe obligación de sanear en caso de *evicción*, o bien en este caso y en el de vicios ocultos.

(71) Ob. cit., t. cit., n. 167.

(72) Ob. cit., t. cit., pág. 744.

doso que el saneamiento proceda en el caso de que existan vicios, y se pronuncia, respecto de esa improcedencia, en términos semejantes a los que acabamos de ver: "En caso de venta el comprador paga el precio de la cosa tal como parece ser; por lo cual, no siendo en realidad tal como aparenta, es justo que se le indemnice o sanee, mientras que en la partición de herencia todos los objetos, buenos o malos, con o sin vicios ocultos, han de dividirse, y como el perjuicio, en su caso, puede recaer sobre varios o sobre todos, y no proviene del ejercicio de derecho alguno anterior sobre los bienes por terceras personas, sólo produce un error de estimación o avalúo, que motiva, llegando al límite legal, la acción de rescisión por lesión, mas no la acción de saneamiento".

3. Si debe no existir obligación de garantía.

Aparte de la cuestión referente a que, cuando la partición la hace el testador, sea preferible o no llevar los perjuicios que el Código subsana con la obligación de sanear, al campo de la lesión, es lo cierto que, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, esa obligación de sanear es la forma de reparar tales perjuicios, tanto cuando la partición no se ha hecho por el testador como cuando se ha hecho por él. Y esto plantea otro problema: Cuando es el testador el que parte, ¿deberá suprimirse esa obligación de sanear? O sea, ya no se trata de si sería más acertado sustituirla por la figura de la lesión, sino de hacerla desaparecer.

El Código—imitando en esto al Proyecto—adopta una postura intermedia entre nuestro Derecho histórico y las legislaciones extranjeras, a las que suele seguir.

Las Partidas, ya vimos—6, 15, 9—que la suprimían radicalmente, de manera que "si el padre o el testador partiese él mismo", aunque algún coheredero sufriese evicción, los otros "non serian tenudos de facerle emienda ninguna" (73).

Por el contrario, lo mismo el Código francés que el italiano mantienen la obligación de garantía en los mismos términos, tanto si la partición es de las hechas por ascendiente como si no lo es. El artículo 884 del Código francés y el 1.035 del italiano se aplican igualmente a unas y otras particiones, porque no se les limita con una excepción como la que nuestro artículo 1.070-1.º establece (74).

(73) Ya vimos cómo la doctrina entendía suavizado esto.

(74) Así es entendido casi unánimemente. Véanse PLANIOL, ob. cit., t. III, n. 3.366 y 3.362; COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. cit., págs. 138 y 150; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. cit., n. 1.326; REQUIER, ob. cit., n. 86; STOLFI: *Diritto civile*, vol. VI, Torino, 1934, núms. 836 y 850; BANTI: *Indennità per evizione della quota attribuita al condicidente* (en Foro italiano, 1885, I, 1.131); BELOTTI, ob. cit., n. 180. Algún caso aislado hay, sin embargo, en el que se sostiene lo contrario. Así, el Tribunal de apelación de Cagliari, en 23 diciembre 1926, decidió que la garantía de las cuotas que los coherederos se deben, según el art. 1.035 del Código civil, se limitó al caso de división contractual—arts. 984 y sgs.—y no alcanza al caso de división hecha por los ascendientes ni en acto inter vivos ni en testamento (BELOTTI, loc. cit., nota 1).

La postura intermedia del Código consiste—respetando la voluntad del testador—en que la obligación no existe sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que el testador quiso que naciese (“haber querido lo contrario”) y *salva siempre la legítima*.

Nuestra doctrina considera este artículo 1.070-1.º como una consecuencia del 1.056. Puesto que—según el sentido que ella suele dar a este último—el testador es enteramente libre al practicar la partición, con tal de respetar la legítima, es este límite el único que se le impone, y, por tanto, la única cortapisa posible a la supresión del deber de garantía.

Para MANRESA, sin embargo, el artículo 1.070 no debería formular la excepción de su primer número al 1.069. En efecto: el 1.069 establece la obligación de sanear. El 1.070-1.º la suprime cuando la partición la haga el testador. Y MANRESA cree que el que el testador haga la partición y el que no tenga más límite que el de la legítima “no es realmente un obstáculo para admitir el saneamiento en caso de evicción, pues debe suponerse que el testador no preveía ese resultado, ni pudo querer que el perjuicio proveniente de la pérdida recayese sólo en uno de los herederos, tal vez el preferido por él” (75).

Sin embargo, la excepción del 1.070-1.º se suaviza y la voluntad del testador se respeta, ya que a continuación el mismo 1.070-1.º ordena que aun en el caso de que la evicción sufrida no perjudique la legítima, se deberá sanear si aparece o racionalmente se presume que así lo quiso el testador.

Y he aquí nuevamente que es preciso referirse al respeto debido a la disposición testamentaria, al examinar el supuesto de si puede el testador-partidor suprimir el deber de garantía, aunque su supresión implique, si se produce la evicción, una violación efectiva de la disposición testamentaria.

Probablemente, se nos va a decir que no es el testador-partidor el que suprime la obligación de garantía, sino que es la propia ley la que lo hace. Y se nos va a alegar el comienzo del artículo 1.070-1.º: “La obligación—a que se refiere el artículo anterior—obligación de garantía—sólo cesará en los siguientes casos: 1.º *Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición*”.

Habiendo la partición de ajustarse a la disposición, y como si algún cosucesor es despojado de todo o parte de lo que se incluyó en su lote y ha de sufrir él sólo la pérdida, se produce un desajuste entre ambas, que en substancia no es, ni más ni menos, que una lesión (76). sería preciso que, aunque para repararla se siguiese el camino de la obligación de sanear, se la reparase (o sea, que se sanease) para que la disposición se cumpliese.

Por ejemplo: se instituyen herederas a dos personas no legitimarias, por partes iguales. Al partir el testador por acto inter vivos no

(75) Ob. cit., t. cit., pág. 749.

(76) Ya que lo que sucede es que en su lote *no llegaron a entrar*—sólo ficticiamente ingresó el derecho que provoca la evicción—o *no quedan* elementos suficientes para cubrir el valor de la cuota o porción a que fué llamado.

indica nada, ni en pro ni en contra de la obligación de sanear. Muere el testador, y al poco tiempo uno de los herederos, en virtud de evicción, pierde una casa que representa casi toda su participación en la herencia.

Si se sostiene que con arreglo al 1.070-1.º no ha lugar la indemnización, responderemos afirmando lo contrario, precisamente en aras del respeto a la disposición del testador.

Cuando ni en la disposición ni en la partición se exima expresamente de la obligación de sanear, es presumible racionalmente su existencia (haber querido lo contrario de su inexistencia; haber querido lo contrario de su *cesación*), ya quien dispone y parte, no es lógico suponer que quiera verse burlado por algo eventual, probablemente no previsto—como dice MANRESA—, cual es la evicción.

Ahora bien; los términos tajantes del artículo 1.070-1.º hacen tener que admitir que (salvo (77) que “haber querido lo contrario” se entienda referido a voluntad testamentaria dispositiva), aunque la voluntad de eximir discrepe de la disposición testamentaria, cuando la partición la hace el testador y éste *hace constar expresamente* en esa partición su deseo de que no exista obligación, de garantía, si se produce evicción, el perjuicio lo soportará solamente el sucesor que la sufra. Lo cual produce el efecto de que la *disposición* no se cumpla (por ejemplo, el testador dispuso que fueran herederos Juan y Pedro por partes iguales, lo cual no se consigue si a Juan, después de haber recibido la mitad de los bienes, le despojan de ellos y no tiene derecho a indemnización alguna).

El supuesto del artículo 1.070-1.º no es muy lógico, porque la *partición* hecha por el testador supone una *disposición* que es presumible que se quiera mantener, cuyo mantenimiento implica la obligación de garantía (porque si donde se exime de esta obligación es en esa misma disposición, entonces la disposición se respeta y mantiene, aunque no se sanee). El que quiere que en *todo caso*, le sucedan dos personas por partes iguales, no quiere que *eventualmente* le sucedan por partes desiguales. O sea, que el que quiere que le sucedan por partes iguales, quiere siempre mantener la obligación de garantía. Si, por el contrario, quiere que ésta no exista, es que quiere que eventualmente le sucedan por partes desiguales (78).

Si en la disposición testamentaria se llama a sucesión por mitad, por ejemplo, y en la partición se suprime *expresamente* el deber de ga-

(77) Decimos salvo que se dé ese sentido a “haber querido lo contrario”, porque no tiene esta expresión la clara significación que tiene el “que fué otra la voluntad del testador”, cuando se habla de una (otra) voluntad referida a la que aparece de la partición. Para nosotros, como ya hemos dicho antes, “haber querido lo contrario” significa haber querido que *no cese* la obligación de garantía, es decir, que nazca tal obligación.

(78) Pero este querer la sucesión eventual por partes *desiguales* no debe presumirlo el Código, porque 1.º) precisamente lo presumible es lo contrario, y 2.º) cuando no haya que *presumir*, porque conste en la *disposición* el deseo de *desigualdad eventual*, el cumplimiento de esa deseada desigualdad proviene del mandato del testador y no de la presunción legal.

rantía (porque si no se le suprime expresamente, se presume que quiso lo contrario, o sea, mantener ese deber), hay contradicción entre partición y disposición.

Únicamente, prevalecerá—como decíamos—la disposición testamentaria si el “haber querido lo contrario” del 1.070-1.º se entiende referido a la disposición testamentaria; si no, el 1.070-1.º proclama el triunfo de la partición, porque el deber de garantía lo suprime taxativamente la ley. O sea, aquí no existe el límite que en materia de lesión imponía el artículo 1.075.

Es lamentable tener que admitir esta norma del 1.070-1.º

El 1.075 impone que la partición se ajuste a la disposición en caso de lesión inicial. En caso de evicción (79), el 1.070-1.º permite que en ciertos supuestos, la disposición no se cumpla.

Hay, pues, que ajustarse a la disposición en la partición, pero si los bienes partidos son objeto de evicción, la fuerza de la partición hace, a veces que la disposición sea ineficaz. El único límite puesto a las consecuencias de semejante postura anómala del Código en este punto, es el deber legítimo.

En definitiva, el artículo 1.056 dice que se pasará por la partición en cuanto ésta —ajustándose a la disposición—no perjudique a la legítima. Los bienes partidos han de llenar, por tanto, la cuota de que se dispuso en favor de cada sucesor. Pero cuando *expresamente* se exima de la obligación de garantía en esta partición se podrá producir el efecto de que la disposición no se cumpla, ya que si el sucesor sufre evicción, como no tiene derecho a ser indemnizado, los componentes de su lote de que no haya sido despojado no cubrirán el valor de la partición a que fué llamado.

Por esto es aconsejable considerarla existencia de vicios como un supuesto de lesión, porque además difícilmente se podrá aplicar lo que el Código dispone al tratar de la compraventa, para el caso de que sean ocultos.

X. Conclusión

El fin fundamental del artículo 1.056 es hacer herederos, y que éstos perciban bienes determinados, lo cual no es lo mismo que suceder a título singular.

El artículo 1.056 significa lo que nosotros creemos, o significa, en caso contrario, la desaparición de la necesidad de la forma en las disposiciones mortis causa, y, en este caso, facilita *formas* de disponer mortis causa, que son, podríamos decir, verdaderos testamentos no previstos ni incluidos ni autorizados en el Capítulo del Código que trata de ellos. La mejor alabanza que se puede hacer de ese 1.056 es indicar que no recoge el espíritu del 899 del Proyecto, en el que no se exigía que la partición se ajustase a la disposición, y se permitía partir, no sólo al testador, sino a todo causante, lo cual era edificar sobre arena gran parte del Derecho sucesorio.

(79) Para nosotros tenemos que realmente, y omisión hecha del espíritu del Código, demuestra una verdadera lesión inicial.

El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena

JUAN B. JORDANO BAREA
Doctor en Derecho

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA CONSTRUCCIÓN TRADICIONAL: 1. La teoría que concibe el usufructo en cosas consumibles como usufructo *impropriae dictum* a través de la propiedad.—2. El momento del traspaso del dominio.—3. Los inconvenientes de la teoría y los intentos de superarlos. Crítica.—4. Punto de partida para una revisión. II. ENSAYO DE CONSTRUCCIÓN: 5. El supuesto de hecho del artículo 467: el *salva rerum substantia* como límite del disfrute y sus excepciones. Usufructo con facultad de disposición.—6. Usufructo de la hacienda mercantil, con especial relación a las mercancías destinadas a la venta. *Ius disponendi* y disfrute de la hacienda.—7. Consumibilidad jurídica y consumibilidad física: artículo 482.—8. El llamado cuasi-usufructo como poder o derecho de disfrute sobre las cosas ajenas *quae primo usu consumuntur* (usufructo especial por razón del objeto).—9. Los posibles obstáculos de la construcción: a) La pretendida transmisión de la propiedad por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho (mezcla o confusión). b) El principio *aestimatio facit venditionem*. c) La facultad de la segunda parte del artículo 482; cuasi-usufructo y mutuo.—10. Consecuencias que derivan de la construcción: a) La pérdida casual de las cosas. b) La quiebra del cuasi-usufructuario.

INTRODUCCION

El artículo 467 del Código civil, al describir el contenido del usufructo, diciendo que da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, *a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*, plantea, ante todo, el problema de determinar cuáles son las excepciones, legales o convencionales, del *salva rerum substantia*, y después si todas o algunas de dichas desviaciones caben dentro del esquema legal del usufructo.

Porque, suprimida la vigencia absoluta de aquel límite clásico, cabe ampliar—siempre con la vista puesta en nuestro Derecho—el ámbito del usufructo para comprender supuestos tradicionalmente considerados como anómalos, y señaladamente el llamado cuasi-usufructo o usufructo impropio (1).

Siempre que se esté ante un supuesto de hecho caracterizado por el "derecho a disfrutar", habrá que calificarlo como usufructo, de acuerdo con nuestro ordenamiento, aunque aquel poder de goce conduzca, por la naturaleza especial del objeto, a la consumición del mismo. Esto es lo que el Código, acaso de forma poco consciente, hace en el artículo 482, al decir que si el *usufructo* comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el *usufructuario* tendrá *derecho a servirse de ellas*.

En estas páginas nos proponemos intentar la construcción del *quasi usufructus* como derecho de goce sobre las cosas consumibles ajenas, enmarcándolo dentro del cuadro legal típico del usufructo (artículo 466), como una de sus modalidades por razón del objeto, si quiera con características propias suficientemente acusadas.

El estudio exige doble tarea: una, como etapa previa, de negación de lo comúnmente admitido, y otra, constructiva.

La construcción que podemos llamar clásica del cuasi-usufructo lo estructura como usufructo *impropriae dictum*, a través de la propiedad. Después de exponer esta *communis opinio*, pasaremos a su crítica, poniendo de relieve sus inconvenientes y los intentos de superarlos, para sentar al mismo tiempo los presupuestos de una revisión, iniciando seguidamente la segunda parte, dedicada a definir la naturaleza y la estructura del cuasi-usufructo en nuestro Derecho.

A esto nos ayudará el estudio del usufructo con facultad de disposición, particularmente el análisis de la estructura que asume el usufructo de la hacienda comercial respecto a los bienes consumibles o mercaderías destinadas a la venta que en la misma se encuentran.

Este examen puede ser decisivo para nuestra tesis. Los puntos de conexión son sutilísimos. Como que, según veremos, rozan el concepto mismo de la consumibilidad—física o jurídica—, y así como en contra de una doctrina (que convierte el usufructo de la hacienda en un cuasi-usufructo, con traspaso de propiedad, total o parcial), hoy superada, se afirma por casi todos, aparte, claro está, los diferentes matices con los que se caracteriza el usufructo sobre esta *universitas*. No ser necesaria la transmisión de la propiedad para justificar el *ius distrahendis* del usufructuario de la hacienda, sería posible legitimar el *ius abutendi*—en realidad, se trata sólo de un poder *adecuado* de disfrute (*ius utendi*)—del cuasi-usufructuario.

(1) Así, por ejemplo, RUGGIERO: *Istituzioni di diritto privato*, revisadas por MAROI, Messina, 1937, págs. 362-363, según el cual se está frente a una especie anómala de usufructo, en la que la más profunda desviación del tipo normal está representada por la adquisición que el usufructuario realiza de la propiedad de las cosas sujetas a su goce y por el deber de restituir al cesar el usufructo otro tanto de la misma calidad.

El cuidadoso deslinde de estas figuras aclarará mucho, porque de él depende en gran parte el resultado a que lleguemos.

Estudiaremos también los obstáculos que pueden oponerse a la construcción del poder de goce sobre las cosas consumibles ajenas: la transmisión de la propiedad por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho (mezcla o confusión), el principio *aestimatio facit venditionem* y la pretendida facultad de la segunda parte del artículo 482, analizando con este motivo las relaciones que median entre el cuasi-usufructo y el mutuo.

Por último, dedicaremos nuestra atención a las consecuencias que se derivan de construir el cuasi-usufructo como *ius in re aliena*, en los casos de pérdida casual de la cosa y quiebra del cuasi-usufructuario, del mayor interés práctico.

En realidad, es mirando a estos resultados como encuentra justificación nuestro estudio, que podía pecar de conceptualista, si no estuviera motivado por un conflicto de intereses, que reclama una solución justa y más adecuada a la realidad de las situaciones concretas del vivir jurídico.

I

LA CONSTRUCCION TRADICIONAL

1. Como usufructo impropio o anormal—*quasi usufructus*—se considera tradicionalmente el usufructo sobre las cosas consumibles. Dado que el uso normal de las mismas consiste en su consumo, queda excluido el *uti frui salva rerum substantia*. En realidad, según esta corriente, el usufructo de los bienes de utilidad simple (2) se convierte en una transmisión de la propiedad, con la obligación de restituir el *tantundem* o el valor al fin del usufructo. El así llamado usufructuario de cosas consumibles no obtiene—como afirma WOLFF (3)—usufructo alguno, sino la propiedad.

(2) La expresión es de VENEZIAN. "Son bienes de utilidad reiterada—dice—los susceptibles de renovar la satisfacción de iguales o diversas necesidades en épocas distintas; bienes de utilidad simple, los que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas" (*Usufructo, uso y habitación*, traducción esp. de ATARD con notas de CASTÁN, t. I, Madrid, 1928, pág. 3). Cfr. PAMPALONI: *SulFoggetto del quasi usufrutto*, en "Bulletino dell'Istituto di Diritto romano". XIX, 1907, pág. 90, n. 15 y págs. 109 y sigs., el cual critica la asimilación conceptual hecha por VENEZIAN entre bienes consumibles y de utilidad simple. A su juicio, no es oportuno incluir en la definición de la consumibilidad la circunstancia de que respecto a las cosas consumibles no es posible una repetición del uso. "Son cosas consumibles—dice—las cosas que no pueden ser objeto de usufructo (propio), porque el uso conforme a su destino económico altera (de algún modo) la substancia." Cualquiera que sea el valor de este concepto para el Derecho romano, lo cierto es que el término de VENEZIAN cuadra perfectamente al objeto del cuasi-usufructo según el Código.

(3) WOLFF: *Derecho de cosas*, II, Barcelona, 1937, págs. 101 y sigs., quien añade que el cuasi-usufructo no es usufructo, de igual modo que la propiedad fi-

Nuestra doctrina sigue la construcción tradicional. Los autores están de acuerdo en admitir que el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad de las mismas.

Así, CASTÁN afirma que el usufructo sobre cosas consumibles tiene un carácter excepcional y anómalo, puesto que al conceder al usufructuario el derecho de consumir la cosa se le confiere, no ya el disfrute, sino la propiedad misma (4). A juicio de PÉREZ y ALGUER, el Código civil construye el usufructo de las cosas que no es pueden usar sin consumirlas como *usufructo*, pero su esencia es diferente: el usufructuario de aquéllas es en todo caso propietario (5). Para MANRESA es cierto que no cabe disfrutar o usar las cosas *fungibles* o consumibles por el uso de otro modo (salvo *ad pompam vel ostentationem*) que consumiéndolas; pero también es cierto—añade—que al conceder su uso se concede la cosa misma, el dominio absoluto (6). Según SÁNCHEZ ROMÁN, el supuesto del artículo 482 es claramente el del llamado usufructo sobre cosas *fungibles*, según las define el artículo 337 del Código civil, que propiamente es el caso del *quasi usufructus romano*, traído a la impropia consideración de usufructo por el Código, cuando en realidad el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas y queda obligado, cuando el usufructo termina, a la devolución del valor en que fueron estimadas al constituirse aquél o, en su defecto, a la restitución de otras en igual cantidad y calidad o a pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo (7).

Las razones con que se justifica la necesidad del traspaso del dominio al usufructuario son: la incompatibilidad del goce sobre las cosas *quae in abusu consistunt* con la propiedad de otro (8), y la necesidad, como *conditio sine qua non*, de ser propietario para poder consumirlas legítimamente (9).

ducia no es derecho de prenda. La comparación, desde el punto de vista de la tesis comúnmente admitida, es acertada. En ambos casos se consigue el resultado de un *ius in re aliena*—de garantía o de goce—a través de la propiedad.

(4) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. II, 6.ª ed., Madrid, 1943, página 237.

(5) Anotaciones a WOLFF, ob. cit., II, pág. 103. Respecto al alcance del derecho y opción que al usufructuario de cosas consumibles concede el artículo 482, vid. *infra* págs. 42 y sigs.

(6) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, IV, 3.ª ed., pág. 418.

(7) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, III, pág. 569.

(8) "No se puede concebir un derecho de propiedad distinto o independiente del usufructo—dice VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, II, Valladolid, 1910, pág. 427)—cuando se trata de cosas que se consumen por el uso."

(9) Se habla a este respecto, principalmente por la doctrina francesa, de *ius abutendi*, el cual presupondría la propiedad. El cuasi-usufructo, según COLIN-CAPITANT, ejerce sobre la cosa el más grande derecho posible; tiene, sobre el usufructuario ordinario, el *ius abutendi* (*Curso elemental de Derecho civil*, II, Madrid 1923, pág. 711). Según PLANIOL y RIPERT, para las cosas consumibles *primo usu* el *ius utendi* no es nada sin el *ius abutendi*. Ahora bien, como el *ius abutendi* se niega al usufructuario normal, el cuasi-usufructo atribuye a su titular la propiedad de las cosas sobre las que recae su derecho (*Traité de droit civil française*, III, Paris, 1926, pág. 715). Vid. además JOSSEAND: *Cours de droit civil positif française*, I, Paris 1930, págs. 927 y sigs.

El único medio o instrumento — se afirma — que hace posible el goce o disfrute de las cosas consumibles ajenas es la adquisición de la propiedad de las mismas por parte del usufructuario. GIORGIANNI excluye las cosas consumibles como objeto de un derecho de goce (en sentido técnico) sobre cosa ajena. Tal exclusión se fundamenta, a su juicio, en la imposibilidad del goce repetido de tales bienes. “La única forma de goce de los llamados bienes de utilidad simple—agrega—consiste en consumirlos y, por tanto, en destruirlos. Ahora bien; respecto a tales bienes, la doctrina es justamente unánime en reconocer la imposibilidad de la atribución del goce a persona diversa del propietario. Y en efecto, en tanto se puede hablar de goce de una cosa ajena en cuanto la individualidad de la cosa, y, por consiguiente, la propiedad de la misma, subsista no obstante el goce” (10).

VENEZIAN, que representa lo que pudiéramos llamar el pensamiento clásico en la materia, considera imposible la constitución de un derecho real de goce, distinto de la propiedad, sobre aquellos bienes para los que la atribución de un disfrute implica necesariamente la de la propiedad. “Los bienes que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas—escribe—no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad, porque o sería inútil ésta o aquella potestad quedaría sin contenido al reservarse el dueño la posibilidad de obtener toda la utilidad” (11).

Pero VENEZIAN afirma la posibilidad de que el concepto económico que inspira el usufructo se aplique también a los bienes consumibles, substraídos a un propio derecho de usufructo. Aun cuando, a su juicio, sea igual la relación económica, no puede, según él, revestir la misma forma jurídica. “Si la cosa no es susceptible de prestar utilidad sino una sola vez, y al prestarla pierde su individualidad propia, no puede en realidad hallarse en dos posiciones en el tiempo. Si hoy uno disfruta de una cosa de utilidad simple, queda frustrada la expectativa de otro para obtener después de ella utilidad el día de mañana. Y si queda asegurada la esperanza de obtener la futura utilidad de que es susceptible se imposibilita el disfrute actual. Para que sean compatibles el disfrute presente y el venidero en las cosas mismas que no son aptas para repetición de utilidad, necesítase que sea posible la reiteración, o sea la substitución de la cosa; esto es, que indistintamente se pueda tomar como medio de utilidad el objeto, u otro de igual género, y asegurar el disfrute, más bien que de la cosa misma, de su equivalente. Entonces aparece la compatibilidad, no de dos derechos reales—porque el derecho real es aquel que tiene por objeto una cosa determinada—, sino un *derecho real* (propiedad del cuasi-usufructuario) y *otro de obligación* (crédito personal del constituyente)” (12).

(10) GIORGIANNI: *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milán, 1940, pág. 29

(11) Ob. cit., I, pág. 3.

(12) Ob. cit., I, pág. 2.

La forma jurídica que, según VENEZIAN, realiza el contenido económico del usufructo con relación a las cosas que se consumen por el uso consiste, pues, en atribuir la propiedad de las mismas a aquel a quien se quiere conceder el disfrute, a reserva de la obligación de restituir el *tantundem eiusdem generis* (o el precio).

2. Mas ¿cuál es el instante decisivo para la estructura del cuasi-usufructo, puesto que en éste siempre se actúa, según la doctrina dominante, una transmisión de la propiedad de las cosas del propietario al cuasi-usufructuario?

El momento en el cual se opera la transmisión de la propiedad es, según VENEZIAN, el del acto constitutivo.

A su juicio, si la naturaleza o el destino de la cosa no consienten que sobre ella, y como relaciones distintas de potestad, se constituyan un usufructo y una nuda propiedad, *en el preciso momento en que por el negocio o acto jurídico se pudiera constituir y se originara el derecho de usufructo, en el supuesto de constituirse sobre una cosa diferenciada, el usufructuario adquiriría la propiedad de la misma.* "El anterior propietario (constituyente) o sus sucesores, en sustitución de la propiedad, que pasa al usufructuario—añade—, adquieren un derecho de crédito dirigido a la restitución del equivalente. De este modo, si la cosa perece por caso fortuito antes de la entrega, parece para el usufructuario que se ha convertido en dueño, subsistiendo entonces su obligación de restituir" (13).

No obstante, el mismo VENEZIAN dice en otro lugar que *al nacer el usufructo, lo que se adquiere es el "ius in re aliena", y no la propiedad de las cosas consumibles, que requiere la previa toma de posesión por parte del usufructuario* (14).

BARBERO hace notar la patente contradicción que resulta de referir el momento del traspaso de la propiedad a dos instantes tan diferentes: el de la perfección del título constitutivo y el de la entrega de las cosas o *traditio* (15).

Pero, a nuestro juicio, no existe esta contradicción, porque en el mismo VENEZIAN se encuentran elementos suficientes para salvarla.

El, en efecto, aclara la coexistencia de esa dualidad de momentos diciendo que cuando el negocio jurídico origen del usufructo no confiera inmediatamente un derecho real; cuando este derecho real de usufructo haya de procurarlo la prestación del obligado, como sucedería si el objeto del legado de usufructo no está en el patrimonio del titular, o está determinado *in generis*, su prestación es la que transmite la propiedad al usufructuario (16).

Ahora bien; teniendo en cuenta que en el Derecho italiano rige el principio de la transmisión de la propiedad *nudo consensu* en los ne-

(13) Ob. cit., II, pág. 256.

(14) Ob. cit., II, pág. 75, n. 1.

(15) BARBERO: *Il quasi-usufrutto ed il quasi uso*, en "Rivista di Diritto civile". 1939, pág. 218, n. 2.

(16) VENEZIAN: Ob. cit., II pág. 256.

gocios jurídicos inter vivos (contratos), la aparente incompatibilidad de las dos afirmaciones de VENEZIAN se desvanece, puesto que la segunda, en virtud de la cual hay que referir el momento de la transmisión de la propiedad a la *traditio*, sólo tiene, según VENEZIAN, un valor excepcional para dos casos concretos de legados (de cosa ajena y de cosa genérica). En estas dos hipótesis, evidentemente, el negocio jurídico origen del usufructo no confiere inmediatamente un derecho real (17).

En nuestro Derecho, por el contrario, de acuerdo con la norma del artículo 609 del Código civil, según la cual la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos *mediante la tradición*, a ésta, como norma general, habría que referir el momento de la adquisición del dominio por parte del usufructuario de bienes consumibles (18).

Como, según se desprende del artículo 482 del Código civil, el constituyente o propietario pierde, sin precisar cuándo, su derecho de propiedad para adquirir un crédito personal contra el cuasi-usufructuario, y, según la doctrina tradicional, éste precisa convertirse en dueño de las cosas dadas en usufructo para poder ejercitar su derecho, habría que concebir en nuestro ordenamiento—siempre desde el punto de vista de la construcción clásica—la estructura del cuasi-usufructo del siguiente modo: el usufructuario de cosas consumibles adquiere por la *traditio* (19) la propiedad de los bienes que recibe en goce, y contrae la obligación de pagar el importe de su avalúo al ter-

(17) Según VENEZIAN, también puede ser relevante en algún caso el momento de la consumición. Tal ocurre, a su juicio, con las pertenencias de bienes inmuebles, que revisten el carácter de bienes de utilidad simple, como el heno, las semillas, la paja, los piensos, el estiércol. Estas cosas se destruyen con usarlas una vez, pero el cultivo normal del fundo usufructuado exige que al consumirse unos elementos, se vayan realizando los actos que preparan su renovación; de modo que lo que constituye el requisito para la apropiación legítima por parte del usufructuario no es que desde un principio haga suyos los efectos con la obligación de restituir después su equivalente, sino que vaya efectuando su apropiación a medida que ello sea necesario para que pueda disponer de tales elementos como lo haría el dueño (ob. cit., II, págs. 262 y sigs.). CICU (*Corso sull'usufrutto* Bologna 1923-1925 cit. por ASCARELLI: *In tema di deposito regolare*, en "Termini Emiliana" 1927, II, col. 84, n. 23) sitúa en todo caso el momento del traspaso de la propiedad en el instante de la consumición de las cosas, teniendo en cuenta que, no disponiendo expresamente otra cosa la ley, es en ese momento y no en otro anterior cuando el usufructuario precisa convertirse en propietario para poder destruir y apropiarse por la consumición las cosas dadas en usufructo. También puede ocurrir, según VENEZIAN, que la cosa susceptible originariamente de sujetarse a usufructo se transforme en cosa de utilidad singular, y entonces, en el momento de la transformación es cuando se cambia la cualidad de usufructuario por la de propietario (ob. cit., II, pág. 257).

(18) Para los legados, en cambio, habría que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 881, 882, 884 y 885 del Código civil.

(19) La única excepción estaría constituida por el caso de un legado de usufructo que comprendiese una o varias cosas consumibles específicas y determinadas, propias del testador porque entonces, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 882, habría que admitir que el legatario adquiere la propiedad desde el momento de la muerte del causante.

minar el usufructo o de restituir el *tantundem* o abonar el precio corriente al tiempo de cesar aquél, según los casos.

Así, se situaría en la *traditio* el momento de la transmisión del dominio, de acuerdo con los principios que regulan el sistema de las transmisiones en nuestro Derecho (transmisión por la entrega de la cosa, más o menos espiritualizada) (20).

3. Esta construcción tiene sus inconvenientes de tipo práctico, y suscita fuertes reparos de orden doctrinal y legal.

Se comprende que el mutuario adquiera por la *traditio* la propiedad de las cosas prestadas, porque, abstracción hecha de la voluntad de las partes para transmitir, así lo dispone de modo terminante la ley (21). Pero con relación al usufructo de cosas consumibles, falta una norma correlativa (22). El usufructo no es por sí mismo un acto traslativo de dominio (23). Tanto el que da una cosa *utendi fruendi causa*, como el que la recibe, no tiene intención alguna de transmitir ni de adquirir la propiedad. Y no se puede hacer una excepción con las cosas consumibles porque, normalmente, el cuasi-usufructo no es objeto de una constitución autónoma y específica, sino que por lo común resulta de un usufructo sobre un complejo de cosas, alguna de las cuales por su especial naturaleza reclama una regulación propia (24).

Así que sería harto forzado hacer alusión a la voluntad tácita o presunta de las partes, porque éstas, en la mayor parte de las ocasiones, sólo piensan en constituir un usufructo, faltando consiguientemente el *animus* de transmitir el dominio.

En el silencio de la ley no debe admitirse, pues, el paso de la propiedad de las cosas consumibles del constituyente o nudo propietario al cuasi-usufructuario, hasta tanto que se demuestre de forma convincente que es totalmente imprescindible.

Y, como veremos, no sólo carecen de peso los argumentos aducidos por los partidarios de la tesis tradicional, sino que la admisión de aquel traspaso conduce a resultados totalmente injustos.

Reconoce WOLFF que el defecto de la institución del cuasi-usufructo, tal como es configurada por la doctrina común, consiste en que se considera, de una manera *directa*, como propiedad (si bien indirecta

(20) Cfr. URSICINO ALVAREZ: *El problema de la causa en la tradición*. Madrid, 1945, págs. 104 y sigs.

(21) Vid. artículo 1.753 del Código civil. Sobre las relaciones que median entre cuasi-usufructo y mutuo, vid. *infra*, págs. 44 y sigs.

(22) Diversamente ocurre en el Derecho alemán, donde el § 1.067 dispone expresamente que el usufructuario de cosas consumibles adquiere la propiedad. El artículo 772, párrafo 1.º del Código civil suizo, establece que las cosas que se consumen por el uso pasan, *salvo disposición en contrario*, a la propiedad del usufructuario, que queda siendo deudor de su valor al fin del usufructo. Sobre la interpretación de este artículo, vid. ROSSEL y MENTHA: *Manuel de droit civil suisse*, II, Lausanne sin fecha, págs. 156 y sigs.

(23) BARBERO: *Ob. cit.*, pág. 214.

(24) Repárese en que el Código, en el artículo 482, sólo previó este evento: "si el usufructo *comprendiera* cosas..."

tamente, por la limitación introducida por el vínculo obligatorio, consiga el fin de todo usufructo, que es el disfrute temporal); y esto es —a su juicio—inconveniente. Así, por ejemplo, en caso de concurso del cuasi-usufructuario, el concedente queda reducido a tener un crédito sometido a concurrencia (25).

Con razón observa BARBERO que, en contra de aquella doctrina, puede hacerse valer una exigencia de tipo práctico que reclama protección.

Si se entregan unas cosas consumibles en ejecución de un título, en el que se haya expresado claramente la voluntad de dar dichas cosas—por sí solas (26) o junto con otras de diferente naturaleza, formando una unidad patrimonial—en usufructo, se conforma poco con esta voluntad de las partes el que, en el supuesto de quiebra del usufructuario, aquéllas caigan en la masa en beneficio de sus acreedores. De este modo, mientras que los acreedores no podrían aprovecharse más que de los frutos y demás utilidades producidas por los inmuebles y las otras cosas de utilidad repetida, sobre las que el usufructuario sólo tiene la posesión y el goce a título de usufructo, con relación a las cosas de utilidad simple, aun entregadas para el mismo fin y con la misma intención, se beneficiarían con la propiedad misma, dejando al constituyente en la postura de un simple acreedor, sujeto al concurso de los demás acreedores ordinarios, a la hora de ejercitar su derecho de crédito (27).

Por su parte, COLIN y CAPITANT observan que el hecho de que el pretendido usufructuario de cosas consumibles se convierta en propietario tiene para él consecuencias ventajosas y desventajosas. Las ventajas consisten en que ejerce sobre aquéllas el más amplio derecho posible, porque tiene, sobre el usufructuario ordinario, el *ius abutendi*. Los inconvenientes—añaden—consisten en que si las cosas sobre que recae su derecho perecen por caso fortuito, sin que haya podido servirse de ellas consumiéndolas o enajenándolas, no por eso deja de estar obligado a restituir su valor o equivalente al fin del usufructo: es deudor, no de una cosa cierta, sino de una cantidad de cosas de un determinado género (*genus non perit*). Por el contrario, en el usufructo propio el usufructuario queda libre por la pérdida casual de la cosa (*res perit domino*) (28). Esta poco equitativa diferencia de tratamiento—imputación del riesgo al cuasi-usufructuario en un caso, y al nudo propietario en otro—en la misma relación sólo se explica por razones de estructura y no por la naturaleza especial del objeto, porque los mismos principios regirían aun en el caso de que se tratase de un usufructo sobre cosas fungibles (consumibles) *individualizadas*,

(25) WOLFF: Ob. cit., II, pág. 101, n. 9.

(26) Sin duda que el artículo 482 admite una extensión a este supuesto, que por ser poco frecuente no se tuvo en cuenta en el momento de dictar el precepto.

(27) BARBERO: Ob. cit., pág. 212. Es esta una consecuencia injusta que puede evitarse de acuerdo con nuestra construcción, como veremos en lugar oportuno.

(28) COLIN-CAPITANT: Ob. y loc. cit.

es decir, contadas, pesadas o medidas (por ejemplo, mercaderías en fardadas o contenidas en recipientes determinados). A pesar de tratarse de cosas ciertas, tendría que soportar la pérdida por caso fortuito el cuasi-usufructuario, que en todo caso sería propietario de ellas y deudor de género, según la construcción tradicional.

Acaso para evitar la consecuencia totalmente injusta de atribuir, desde luego, la propiedad a quien sólo se pensó conceder un derecho de goce sobre cosa ajena (usufructo), es por lo que por algunos autores, como CÍCU (29), se retrasa hasta el instante de la *consumitio* el momento de la transmisión, haciendo posible que el constituyente o propietario hasta aquel momento soporten el riesgo de la pérdida fortuita y que los acreedores puedan ejercitar el derecho de separación en caso de quiebra del cuasi-usufructuario.

Pero así se sigue afirmando la absoluta necesidad del traspaso del dominio como presupuesto necesario e inherente a la estructura del derecho de usufructo sobre los bienes que se consumen por el uso. En otras palabras: se niega que el usufructuario desde un principio haga suyos los bienes consumibles con la obligación de restituir después su equivalente, pero se afirma que efectúa su apropiación a medida que ello es necesario *para que pueda disfrutar de tales bienes como lo haría el dueño*.

BARBERO ha refutado suficientemente la necesidad, como *conditio sine qua non*, de ser propietario para poder consumir legítimamente las cosas objeto del cuasi-usufructo. "El derecho de servirse de las cosas consumibles—escribe—se concede al cuasi-usufructuario, ciertamente, para el mismo fin que al usufructuario, con relación a las cosas de utilidad repetida: *apropiarse*, no las cosas mismas, sino la utilidad que procuran. Ahora bien; la cosa, según su naturaleza, procura de modo diverso la propia utilidad: el buey arrastrando el carro o arado; el campo produciendo los frutos y ofreciéndolos a la percepción; el vino, el aceite, prestándose a ser consumidos; el dinero, al gasto. Con referencia al diverso modo como la utilidad se procura, varía también necesariamente el modo como el hombre se las apropia, el cual constituye, por tanto, el modo del goce de las cosas" (30).

A propósito de ese goce, distingue su *posibilidad*, como dato puramente material, de su *legitimidad*, como conducta jurídica. Para que sea posible basta que el goce se actúe de tal forma que la cosa proporcione su utilidad y ésta sea percibida por el hombre. Para que sea legítimo basta aqdel conjunto de condiciones, necesarias y suficientes, para excluir la lesión del derecho ajeno. Así, con relación al usufructo ordinario, las circunstancias que lo hacen *posible y legítimo* son: de una parte, el hecho de que la cosa misma esté en la disposición material del usufructuario; de otra, la existencia de un acto o negocio jurídico sobre cuya base la ley otorga el derecho o poder de servirse de la cosa (*ius utendi fruendi*), aunque no se tenga la propiedad.

(29) Ob. y loc. cit.

(30) Ob. cit., págs. 213.

BARBERO se pregunta si estas mismas circunstancias no bastarán también para el cuasi-usufructo. Porque es perfectamente concebible que un determinado sujeto goce *legítimamente* de unas cosas ajenas, aunque dicho goce implique la destrucción de las mismas. El ladrón que consume *ilegítimamente* frutos ajenos contra la voluntad de su dueño efectúa su *apropiación* en sentido económico, pero no adquiere la propiedad por la consumición, sino que la destruye. ¿No se podría dar el mismo resultado sobre la base de una conducta *legítima*?

Si, como observa BARBERO, el propietario consiente en la entrega para que otro goce de unas cosas consumibles, sin querer enajenarlas, no hay razón para dar a tal querer un contenido diverso del que realmente tiene, ni para deducir de aquí la existencia de un traspaso no querido de propiedad. Y no la hay porque, aun cuando no puede usarse de las cosas de aquella naturaleza sin consumirlas, basta el consentimiento del titular para esta consumición—implícito en la voluntad de darlas en usufructo—para que el goce o disfrute mismo y la consiguiente consumición sean legítimos. Si, una vez efectuado el goce, la propiedad se pierde con la destrucción del objeto—por lo que éste no puede ser restituído entonces *in individuo*, sino en el *tantundem* o en el valor—, esta no es una razón que justifique el traspaso de propiedad en virtud del acto constitutivo o de la *traditio*, de modo que aquel que en la hipótesis de un usufructo normal sería, y continuaría siendo, el nudo propietario, pierda en el cuasi-usufructo la propiedad y resulte desde el principio convertido en un simple acreedor del precio o del *tantundem* (31).

Estas consideraciones de BARBERO en contra de la doctrina tradicional son, a nuestro juicio, decisivas, si bien, como en el apartado siguiente se verá, disentimos del punto esencial de su tesis, consistente en admitir la transmisión de la propiedad, no como elemento estructural del usufructo, sino como consecuencia de ciertas circunstancias que afectan a la naturaleza del objeto (32).

Podemos, pues, afirmar que si el traspaso de la propiedad de las cosas consumibles no es un presupuesto necesario para justificar la legitimidad del goce del cuasi-usufructuario, dicha transmisión no es un elemento inherente a la naturaleza y estructura del cuasi-usufructo (33). Por tanto, no puede sobrevenir en el momento del acto cons-

(31) Ob. cit., págs. 213-214.

(32) Vid. infra págs. 36 y sigs., donde tratamos de superar este posible obstáculo a la construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce sobre la cosa ajena, procedente de la pretendida transmisión del dominio por circunstancias extrañas a la naturaleza del derecho.

(33) Vid. NUSSBAUM (*Das Nießbrauchsrecht des B. G. B. unter den Gesichtspunkten der Rechtsstatsachenforschung (Zugleich ein Beitrag zur Kritik des B. G. B.)* Berlín 1919, pág. 94), quien de *lege ferenda* intenta salvar las injustas consecuencias a que conduce el usufructo impropio, según el § 1.067 del B. G. B., en el artículo XXV de su contraproyecto sobre el derecho de usufructo. NUSSBAUM no considera esencial para el goce legítimo del cuasi-usufructuario su conversión en propietario, al permitir que en ciertos casos, cuando exista disposición contraria, se prescindiera de esa cualidad.

titutivo—cosa que, como más arriba dijimos, sería inadmisibile en nuestro Derecho—ni, faltando además la voluntad, con la *traditio*, o en el instante mismo de la consumición.

De hecho, la doctrina que estima la previa adquisición de la propiedad como un presupuesto imprescindible del goce del usufructuario está ligada a la teoría que ve en los derechos reales de goce sobre cosa ajena un derecho que tiene como contenido una parte de la propiedad, o mejor, una de las facultades que integran la propiedad, destacada de ésta y transmitida al titular del *ius in re aliena* (34). Concebido el usufructo ordinario como una cesión de la simple facultad de disfrute—*ius utendi fruendi*—, ésta para el cuasi-usufructo, el cual reclamaría la concesión del *ius abutendi* (derecho de abusar, sin perjuicio de tercero ni del orden público), que es la más amplia facultad, implicando como implica, según esta doctrina, no sólo las facultades de goce y disposición, sino también la suma de ellas, es decir, la propiedad misma (35).

Mas, si de acuerdo con la corriente de opinión, hoy dominante, se rechaza aquella teoría, por estimar que parte de un concepto ya superado de la propiedad, considerada como suma de facultades (36).

(34) Vid. PLANIOL-RIPERT: Ob. cit., III, págs. 712 y sigs.; JOSSE-RAND: Ob. cit., págs. 922 y sigs.; SIMONCELLI: *Trattato delle locazione dei predi rustici e urbani*, I, Lanciano, 1892, pág. 15; BEKKER: *Ueber die objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse*, en "Zeitschrift der Savigny Stiftung" (Römanistische Abtheilung), 1902 págs. 1 y sigs., especialmente pág. 8; KRÜCKMANN: *Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung, nach römischen Recht*, en "Archiv für die civilistische Praxis", vol. 103, 1908, págs. 139 y sigs., especialmente págs. 155 y sigs. Sobre la cuestión en el Derecho romano y en la doctrina romanista especialmente con relación al usufructo, el cual, con apoyo en las fuentes, es considerado por algunos como *pars fundi*, vid. ARANGIO RUIZ, voz *iura in re aliena*, en *Dizionario pratico di diritto privato*, III, 2.ª parte, págs. 123 y sigs.

(35) Vid. supra, n. 9.

(36) En contra del concepto clásico del derecho de propiedad y a favor de la moderna concepción vid. BARASSI: *La proprietà*, Milán, 1939, págs. 27 y sigs. Como nota GIORGIANNI (ob. cit., pág. 141), el concepto casi plástico del traspaso de una de las facultades que constituyen el contenido de la propiedad del propietario al titular del derecho de goce, si a primera vista puede parecer sugestivo, después de un atento examen se ve que es totalmente erróneo. En efecto, de realizarse tal traspaso debería actuar aquella forma especial de sucesión en los derechos conocida con el nombre de "sucesión constitutiva". Mas, como ha sido recientemente afirmado, dicha forma de suceder sólo impropiaamente es tal. En realidad dice NICOLÓ, no existe en ella la trasmisión de un derecho o facultad de un titular a otro sino la constitución *ex novo* de un derecho sobre el presupuesto del antiguo (*Nuova Digesto Italiano*, vol. XII 1.ª parte, pág. 988). Pero donde la teoría en examen sufre el más grave quebranto es cuando se intenta aplicar a los derechos de goce de menor contenido, diferentes del usufructo, no sólo a propósito de las servidumbres prediales a las cuales con frecuencia la doctrina se refiere para demostrar la inadmisibilidad de tal construcción, sino también respecto al uso y habitación. Dado que el usuario puede únicamente gozar de la cosa en los límites de sus necesidades personales y de las de su familia, y como, por tanto, su goce puede concurrir con el del propietario, resulta difícil explicar qué facultad de las que forman parte del dominio es la que se transmite al usuario. Para la crítica de la teoría de los derechos de goce sobre cosa ajena, como resultantes del desmembramiento de la propiedad, vid. además BARASSI: *I diritti reali limitati (In particolare l'usufrutto e le servitù)*, Milán, 1937, págs. 25 y sigs.

y se construyen los *iura in aliena* como poderes inmediatos y autónomos sobre la cosa, no hay dificultad alguna en configurar el cuasi-usufructo como un poder adecuado de disfrute sobre las cosas ajenas *quae primo usu consumuntur*, compatible con la propiedad de otro, que sólo queda limitada o comprimida (37).

4. Ya vimos que a GIORGIANNI le parece decisivo, en contra de todo intento de construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce de cosa ajena y a favor de la tesis dominante, que unánimemente reconoce la imposibilidad de atribuir el goce de una cosa consumible a persona distinta del propietario, el hecho de que no pueda subsistir —como por el contrario sucede en el usufructo propio— la propiedad ajena después del goce (38).

Pero si esto tiene validez para los derechos de disfrute sobre los bienes de utilidad repetida, en tanto que pueden proporcionar un goce continuado sin perder su individualidad, no la tiene para los bienes de utilidad simple, que prestan el goce una sola vez (*primo vel uno usu*), perdiendo su existencia al mismo tiempo. El mismo GIORGIANNI no se recata en afirmar que la exclusión de los bienes de utilidad simple, como objeto posible de los derechos reales de goce (y, por consiguiente, del usufructo), encuentra su fundamento en la imposibilidad de un disfrute repetido de dichos bienes. Con ello cae en manifiesto círculo vicioso. Primero construye el concepto técnico de los derechos de goce sobre cosa ajena, tomando como base los bienes de utilidad reiterada o pensando en ellos tan sólo, y después excluye, sin más, la posibilidad de aplicar el concepto a los bienes de utilidad simple, argumentando que éstos no son capaces de un goce repetido.

Lo que se precisa es ver si el concepto técnico de los derechos de goce sobre cosa ajena se adapta también al disfrute económico de los

(37) Como veremos en lugar oportuno, el cuasi-usufructo se debe estructurar en nuestro Derecho no sobre la base del *ius abutendi*, sino teniendo por sustra'o un poder idóneo y posible de disfrute de los bienes ajenos, aunque dicho poder conduzca, una vez ejercitado, a la destrucción de la forma y sustancia de aquéllos (art. 467). Este poder, configurado así, no sólo permite la vida de la propiedad ajena como derecho unitario y abstracto, con la facultad en potencia de recuperar su plenitud, sino que también deja el campo abierto a otros poderes y facultades en la zona no afectada por el mismo, hasta tanto que su ejercicio agote el derecho de propiedad por la pérdida del objeto. No nos parece por tanto, rigurosamente exacto afirmar, como lo hace VENEZIAN (ob. cit., I, pág. 3), que los bienes consumibles no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad porque ni es cierto, de una parte, que con la concesión de su usufructo se haga inútil el dominio, ni de otra, que éste prive de contenido a aquel derecho. Afirmar esto equivaldrá a sostener, desde el punto de vista de la teoría refutada, que la cesión del *ius abutendi* al cuasi-usufructuario, necesaria para que éste pueda consumir legítimamente las cosas consumibles, cuya única forma posible de goce consiste en la consumición, implica el traspaso de la propiedad y que ésta lleva siempre consigo el *ius abutendi*.

(38) Su argumento, como se recordará, es éste: que en tanto se puede hablar de "gocce de la cosa de otro", en cuanto que la individualidad de la cosa y, por consiguiente, la titularidad del dominio de la misma permanezca no obstante el goce (*Diritti di godimento... cit.*, pág. 29).

bienes consumibles, porque de lo contrario habría que renunciar a la construcción dogmática de la categoría para construir un nuevo concepto que comprendiese otras realidades económicas que no se pueden desconocer.

Hasta el momento de la consumición puede hablarse de un derecho de goce o disfrute sobre las cosas consumibles ajenas, en cuanto que la titularidad *ius domini* de las mismas subsiste, no obstante, aquel derecho. Y si, consumidas las cosas de otro por el ejercicio de un poder jurídico adecuado, se pierden a un tiempo la propiedad y el *ius in re aliena*, a consecuencia de la destrucción del objeto, no hay motivo para no considerar al cuasi-usufructo como un derecho real de goce, distinto de la propiedad y coexistente con ella hasta aquel momento.

Es, pues, perfectamente compatible el derecho del cuasi-usufructuario con el dominio del nudo propietario. Lo incompatible es el ejercicio del primero con la subsistencia de la propiedad. Mas esto no impide que se pueda hablar del goce de una cosa consumible ajena, porque allí donde termina la propiedad de otro acaba también el propio disfrute, con la consumición del objeto común a ambos derechos. La no subsistencia de la propiedad después del goce es una consecuencia impuesta por la naturaleza del objeto, que—como veremos—en nada afecta a la naturaleza del derecho (39).

Queda así precisado, como punto de partida para una revisión de la tesis tradicional, cómo y hasta cuándo pueden coexistir el dominio ajeno y el derecho del cuasi-usufructuario, coexistencia que, por otro lado, es característica esencial, no sólo del usufructo, sino también de los demás *iura in re aliena*.

(39) Es curioso observar que quien, como VENEZIAN, afirma la unidad del concepto económico que inspira el usufructo, tanto para los bienes de utilidad repetida como para los de utilidad simple, se ve obligado por la fuerza de las cosas a construir el concepto jurídico de forma diferente para unos y otros bienes porque no se puede dar lugar a un disfrute temporal de los bienes de utilidad simple, a semejanza del que se realiza con los de utilidad reiterada, sin recurrir al expediente del traspaso de su propiedad con la obligación de restituir el *tantundem* o el valor al cabo de cierto tiempo (transmisión temporal *fructu causa* de la propiedad), lo cual permite hacer el distinguo de la utilidad presente o actual y de la utilidad futura respecto a unos bienes que por su misma naturaleza no pueden prestar más que una sola utilidad (Cfr. VENEZIAN, ob. cit., I, págs. 3 y sigs.). Por el contrario, quien afirme que el concepto económico, aunque parecido, no es exactamente el mismo para ambas categorías de bienes, puede construir el concepto jurídico del usufructo de forma unitaria, como poder de disfrute de los bienes ajenos, consumibles o no, siempre que a ello no obste el ordenamiento.

II

ENSAYO DE CONSTRUCCION

5. Nuestro Código describe el usufructo en el artículo 467 diciendo que "da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa". El desvío de la fórmula clásica—*usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*—, inserta en las fuentes romanas (40), es manifiesto. Ya no constituye, como sucedía en el Derecho romano clásico, una condición o límite objetivo del derecho de disfrute el conservar la substancia (41). Se ha transformado en condición subjetiva de tal derecho; cambio que, como agudamente se ha observado, se refleja de modo claro en la misma descripción, donde en vez de contraponer, como en la fórmula romana, al *ius utendi fruendi* el ablativo absoluto *salva rerum substantia*, se impone al usufructuario la *obligación de conservar* (42), que, por ser un simple deber, tiene un carácter accesorio y no de esencia para el usufructo (43). Se explica, pues, que el Código permita la salvedad contenida en los últimos términos del artículo 467.

(40) D. 7, 1, 1. (PAULUS, libro III ad Vitellium); Inst. 2, 4, pr.

(41) De acuerdo con BONFANTE (*Corso de diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, pág. 53); GIRARD (*Manuel elementaire de droit romain*, 6.^a ed., París, 1918, pág. 370, nota), y DI MARZO (*Sulla definizione romana dell'usufrutto*, en "Studi per Fadda", Nápoles 1906, vol. I, pág. 146), estimamos que con el *salva substantia* los clásicos querían decir que los bienes de utilidad simple, o consumibles, no eran susceptibles de usufructo. En el Derecho clásico se trataría, pues, de un límite objetivo: el usufructo no podía recaer sino sobre cosas susceptibles de un uso repetido. Este es el significado que un texto de ULPIANO—*in iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas* (Reg. XXIV, 26). Aparte de esta interpretación, que pudiéramos llamar histórica, del *salva rerum substantia*, estas palabras tienen en la Instituta y en las Pandectas un significado no ambiguo, aclarado por un texto de CELSO (D. 7, 1, 2). El *salva substantia* aludiría, según esta interpretación legal, a la suerte que inseparablemente siguen cosa y derecho: éste se extingue cuando aquélla perece (paráfrasis de TEÓFILO II 4, pr.). (Cfr. RUGGIERO: *Usufrutto e diritti affini (C. d. servizi personali)*, Nápoles, 1913, págs. 32 y sigs.) Pero este sería el pensamiento de Justiniano y no el de los clásicos, como GIRARD observa (ob. y loc. cit.). Para otras interpretaciones, vid. RUGGIERO, ob. cit., págs. 29 y sigs.

(42) VENEZIAN: Ob. cit., II, pág. 315. Este es el significado que hay que atribuir a las palabras del Código. No se trata de un límite fundamental que el usufructuario encuentra en el goce de la cosa, como por el contrario sostienen NICCOLO y GIORGIANNI (*Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, 2.^a parte, pág. 780, voz "usufrutto"), a pesar de que la ley italiana, como nuestro Código, habla claramente de una obligación de conservar la substancia de la cosa.

(43) Hasta tal punto que, según VENEZIAN, perdura el derecho del usufructuario aun cuando sufra alteración la substancia; únicamente queda extinguido con el aniquilamiento total de la cosa, cuando de ella no reste parte alguna que pueda utilizarse, aunque sea de modo distinto al normal (ob. cit., II, pág. 315).

porque ello es una lógica consecuencia de la naturaleza accidental atribuida por el precepto a la obligación de conservar la forma y substancia.

No incurre el Código en vaguedad e indeterminación al caracterizar el usufructo como una nota que viene a ser desmentida y anulada por el mismo legislador, como dice algún autor (44), porque lo característico de este derecho real no es el deber de conservar, sino el *derecho a disfrutar los bienes ajenos* (45). Ni tampoco las excepciones del artículo 467 equivalen a desnaturalizar el usufructo, ni pueden, como cree VALVERDE, ocasionar el peligro de que haya que calificar legalmente como usufructos, relaciones jurídicas que no tienen tal carácter, si se pactó que pudieran transformarse substancialmente o ser alteradas las cosas en su materia o en su forma (46). Siempre existirá el criterio del *ius utendi fruendi* (47) para discriminar si se está o no frente a un supuesto concreto de usufructo, según el esquema del Código, porque ni siempre que por la voluntad privada se exima a un sujeto de la obligación de no alterar la forma o de conservar la substancia se sale del supuesto de hecho típico de aquel derecho, ni hay por qué encuadrar dentro del artículo 467 relaciones jurídicas caracterizadas por el *ius disponendi* o *distrahendi*.

En cuanto a lo primero, basta tener en cuenta los casos de alteración de la forma, consentida en el título constitutivo por el propietario, aducidos por MANRESA. Estimamos, con dicho autor, que la voluntad de los particulares puede modificar de algún modo la obligación de no poder alterar la forma o substancia de la cosa, siempre que pueda entenderse que los poderes concedidos al usufructuario son de disfrute, en absoluto o de aprovechamiento, en cualquier forma, de lo que usufructúan (48).

En cuanto a lo segundo, habrá que admitir, de acuerdo con el criterio a que hemos aludido, que siempre que sobre una cosa se conceda algún derecho a disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo tan sólo, sino también otro derecho real distinto.

(44) CASTÁN: Ob. cit., pág. 231.

(45) "Creemos—dice certeramente MANRESA—que el Código, en su definición o explicación, ve un requisito esencial: el derecho de disfrutar o gozar los bienes ajenos; y un requisito, con razón o sin ella, accidental, la obligación de conservar la forma y substancia de las cosas, requisito, sin duda no considerado como de esencia cuando el mismo Código no lo respeta, y al cual únicamente se refiere en la dicción o salvedad final" (ob. cit., IV, pág. 354). A nuestro juicio, hay una razón fundamental para estimar el deber de conservar la substancia como accidental. De otro modo se imposibilitaría construir el cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena y encuadrarlo en el supuesto típico del usufructo según el Código (art. 467), como una de sus modalidades por razón del objeto.

(46) Ob. cit., pág. 431.

(47) El Código habla de "derecho a disfrutar", expresión que equivale al binomio clásico *ius utendi fruendi*, porque el disfrute, en sentido lato, presupone y comprende también al uso. No hay que olvidar que existe un disfrute—el de los bienes deteriorables y el de los consumibles—consistente en el uso (cfr. arts. 481 y 482).

(48) Ob. cit., pág. 355.

La doctrina y jurisprudencia españolas reconocen que el usufructuario puede tener la "facultad excepcional" de enajenar las cosas objeto del usufructo, no el derecho en los términos del artículo 480, sino como una muestra de la excepción reconocida por la última parte del artículo 467 (49). Pero como muy bien observa BELTRÁN DE HEREDIA, "la facultad concedida al usufructuario no quita a la institución su naturaleza de usufructo, no en el sentido de que, a pesar de esa atribución, el usufructo continúe siendo el mismo, sino que el usufructo, que es el normal, se ve aumentado con aquellas facultades extrañas a su esencia, a la que no afectan para nada. Por esto no puede decirse que este poder de disposición de las cosas sea una consecuencia de la atribución del derecho de usufructo, sino una facultad *más* que el propietario permite al usufructuario, *además* de su derecho de usufructo, aquella otra facultad de poder enajenar algunos bienes. Se constituye entonces no un derecho de usufructo, sino un *derecho real distinto*, en virtud del principio del *numerus apertus* que nuestro ordenamiento admite en la constitución de los derechos reales" (50).

Mas el problema no surge respecto a ese usufructo con facultad *extraordinaria* de disposición. Las dificultades nacen cuando se está ante supuestos en los que el *ius disponendi* es una facultad o poder intrínseco al usufructo, como contenido *normal* del mismo. ¿Nos encontraremos frente a supuestos de hecho que caen fuera del ámbito del usufructo propio? ¿Habrà que reconocer entonces el fracaso del *ius fruendi* como criterio decisivo?

La cuestión tiene un gran interés para nuestro estudio, porque centrada en el análisis del llamado "usufructo de disposición", ideado por KOHLER (51), especialmente en lo que hace relación al usufructo de la hacienda comercial, donde se encuentran normalmente bienes consumibles en sentido jurídico (mercaderías destinadas a la venta), allanará el camino para llegar a una justa interpretación del artículo 482.

¿A qué cosas se refiere el Código cuando alude a las que no se pueden usar sin consumirlas, a las consumibles física o jurídicamente? ¿El derecho a servirse de las mismas comprende sólo el *ius utendi* o también el *ius distrahendi*?

Preguntas son éstas que fácilmente se podrán responder después de haber tomado partido frente al problema que se presenta con el llamado usufructo de la hacienda comercial, en el cual juegan un papel importante la consumibilidad jurídica y el *ius distrahendi*. La relación con el cuasi-usufructo, según la doctrina tradicional, es innegable, has-

(49) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA: *Usufructo sobre usufructo en la legislación española*, en "Revista de Derecho privado", 1941, págs. 297 y sigs. el cual recoge y examina esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General.

(50) Ob. cit., pág. 298.

(51) KOHLER: *Das Dispositionnisbrauch*, en "Iherings Jahrbucher", 1880, páginas 187 y sigs.

ta el punto de que para algunos autores el usufructo de un establecimiento mercantil se resuelve en un cuasi-usufructo total o parcial.

6. La hacienda resulta constituida por elementos variados: cosas corporales, muebles o inmuebles (talleres, almacén, mobiliario, máquinas, utensilios, materias primas, mercancías, etc.), derechos (firma o razón social, marca, patentes), relaciones obligatorias relativas al ejercicio del comercio, relaciones materiales o de mero hecho, de valor económico (clientela); mas todos ellos unidos por una organización, que es la "forma" que permite agruparlos bajo el concepto de hacienda (52).

Toda la problemática del usufructo de la hacienda está en explicar cómo se comporta el usufructuario frente a esta variedad de bienes tan heterogéneos, puesto que para que tenga efectividad su disfrute debe ser autorizado para vender las mercancías, subrogarlas por otras nuevas, exigir los créditos, gestionar la hacienda... La cuestión más saliente desde nuestro punto de vista es el porqué de esa facultad de disposición en un usufructo. ¿Se tratará de una figura anómala ("usufructo de disposición"), como quiere KOHLER, impuesta por una situación en la que la venta de las mercancías (*ius disponendi* o *ius distrahendi*) entra como contenido normal del usufructo?

Excluida la construcción que explica el *ius distrahendi* del usufructuario de la hacienda por el camino del usufructo de una *universitas* (de hecho o de derecho), porque la hacienda no es apta por sí misma para constituir la naturaleza jurídica de nada, faltando una disposición expresa del derecho (53), no quedan abiertas, a primera vista, más que dos vías para explicar esa facultad de enajenar: la transformación del usufructo en propiedad respecto a las mercaderías destinadas a la venta (teoría clásica del cuasi-usufructo), o bien ampliar el concepto del usufructo hasta comprender el derecho de disponer como contenido normal del goce concedido al usufructuario de la hacienda.

Una antigua teoría (54), hoy en día superada, convierte el usufructo de la hacienda en un cuasi-usufructo concebido según la doc-

(52) Vid. BARBERO: *Le universalità patrimoniali*, Milán, 1936, pág. 360, y FERRARA: *L'usufrutto dell'azienda*, en "Rivista di diritto civile", 1934 pág. 470, y *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pág. 813. La bibliografía sobre la hacienda comercial es copiosísima; vid. la amplia lista que inserta ROTONDI (*Trattato di diritto dell'industria (Teoria generale dell'azienda)*, Padua, 1935, I, págs. 54 y sigs.) completada por BARBERO (ob. cit. ult., pág. 357, nota). Además, vid. CASANOVA: *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938.

(53) En nuestras leyes falta un explícito reconocimiento de la hacienda como objeto de derecho con autonomía jurídica. Tiene razón FERRARA cuando afirma que es incontestable que no se puede acudir al concepto de una universalidad concebida como objeto de derechos sin que exista una positiva sanción de ella que, aparte de sus singulares elementos, considere el todo como unidad (*L'usufrutto...* cit., pág. 474).

(54) MERLIN: *Repertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, XVIII, páginas 343-347, y BORSARI: *Commentario del Codice civile italiano*, II, Nápoles-Roma, 1872, págs. 310-311.

trina tradicional: puesto que las mercancías son cosas consumibles (en sentido jurídico), en tanto en cuanto están destinadas al cambio, o mejor, a salir del patrimonio por la venta, el usufructuario adquiere su propiedad, con la obligación de restituir un volumen equivalente de las mismas o su valor, al fin del usufructo.

Esta teoría identifica la hacienda con las mercaderías y no explica el derecho del usufructuario respecto a los demás elementos que constituyen el patrimonio comercial, y sobre todo qué posición debe asumir el usufructuario de la hacienda respecto a los créditos y deudas de ésta (55).

Por eso otros autores, partiendo del presupuesto de que el usufructo de un patrimonio se escinde en el usufructo de cada uno de los elementos que lo componen, distinguen según los bienes que constituyen la hacienda: respecto a las cosas no consumibles, muebles o inmuebles, se tendría un verdadero y propio derecho de usufructo; las consumibles (jurídicamente) corresponderían en propiedad al usufructuario de la hacienda, con la obligación de restituir el valor de ellas al terminar el usufructo (56).

A parte de que esta construcción olvida el delicado problema de las deudas, no explica el poder que el usufructuario tiene de ejercitar la hacienda (57). Y, desde nuestro punto de vista, incurre en los mismos inconvenientes señalados para la teoría clásica del cuasi-usufructo, especialmente el resultado injusto a que conduce en el supuesto de quiebra, en el que el nudo propietario de la hacienda no podría separar de la masa las mercancías en ella incluidas. Además, si para el usufructo de las cosas físicamente consumibles puede encontrar justificación el traspaso de propiedad, en cuanto para algunos—los que conciben los derechos sobre cosa ajena como cesión de una de las facultades que integran el dominio—el *ius abutendi* la presupone, no la hay para el ejercicio del *ius distrahendi*, porque es cosa generalmente admitida que se puede enajenar válidamente las cosas de otro si para ello se está legitimado o autorizado. E incluso se llegó a construir un usufructo que comprende el *ius disponendi* de ciertas cosas en él incluidas.

Existen casos, escribe KOHLER, en los que el usufructuario, como tal, puede no sólo gozar, sino también enajenar la cosa objeto de usufructo. Este *ius in re aliena*, sin necesidad de transformarse en dominio, comprendería, no obstante, la facultad de disponer; nos encontraríamos, pues, ante un derecho real de usufructo que atribuye a su

(55) FERRARA: *L'usufrutto...* cit., pág. 471.

(56) Así que, en realidad, el usufructuario de la hacienda es propietario de las mercancías, pudiendo, por tanto, venderlas. Vid. BARASSI: *I diritti...* cit. pág. 13; COVIELLO (Junior): *L'usufruttuario di un patrimonio e la sua responsabilità per i debiti*. Nápoles, 1936, pág. 32; MARCADE: *Curso elementare di Diritto civile francese*, Nápoles 1860 II, págs. 79 y sigs.; AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, II, 6.ª ed., París, 1935 págs. 710-713; DALLOZ: *Repertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, voz "usufruit", XII, pág. 537; DEMOLOMBE: *Cours du Code Napoleon*, X; *Traité de la distinction des biens*, II, París 1875 págs. 256-258.

(57) FERRARA: *L'usufrutto...* cit., págs. 471-472.

titular toda suerte de disfrute de la cosa, incluida la disposición. Uno de los casos típicos de esta figura sería el usufructo de la hacienda. El usufructuario de un establecimiento mercantil no puede enajenarlo: pero sí que puede enajenar las mercancías destinadas a la venta (58).

La teoría de KOHLER ha sido objeto de dura crítica en cuanto que configura el derecho del usufructuario como facultad de disponer (59). Substancialmente, en lugar de explicarse con ella el usufructo de la hacienda, no se hace más que describir su contenido de un modo original, sin penetrar su esencia.

Según FERRARA, el usufructuario de la hacienda no adquiere un derecho real, ni sobre cada elemento en particular ni sobre su conjunto, sino únicamente el derecho de hacer propios los frutos de su gestión, es decir, un *derecho de crédito* a la utilidad del ejercicio comercial. No existiendo un derecho real, se está, desde el punto de vista jurídico, fuera del campo del verdadero usufructo, aunque desde el punto de vista económico tenga el mismo significado. El usufructuario de la hacienda no es, pues, en realidad, otra cosa que un simple administrador *in rem propriam*, que hace suyos los frutos. El derecho de vender las mercancías es inherente al poder de administración y consecuencia del ejercicio mercantil: "el usufructuario vende las mercancías no porque goce, sino porque administra". FERRARA considera al usufructuario de la hacienda como un representante *proprio nomine* del propietario, en virtud de un mandato conexo con el título o constituido como medio para realizar el usufructo (en sentido económico) que se le concedió. "El usufructuario, en su cualidad de gestor de la hacienda, puede cumplir todos los actos inherentes a su ejercicio (venta de las mercancías, cobro de los créditos, etc.), que sólo forzosamente podrían ser deducidos del simple *derecho de goce* del usufructuario, porque van más allá del mismo" (60).

La teoría de FERRARA es un poco artificiosa y acaso más complicada que el problema que trata de resolver. Los efectos que de ella se pretenden derivar como característicos no son tales si bien se miran las cosas.

De hecho, no hay ninguna necesidad de recurrir al concepto de "administrador *in rem propriam*" para dar con el fundamento del deber del usufructuario de substituir las mercancías del almacén a medida que las vende: basta pensar que el usufructo importa el derecho de gozar de los frutos que la hacienda ofrece. Y la noción de "fruto de la hacienda" consiste precisamente en el lucro que se obtiene ejercitando el comercio normal, que exige reponer continuamente las mercancías, y no liquidando aquélla.

También pretende FERRARA explicar cómo el usufructuario no sólo tiene un derecho, sino además, en cierto modo, un *deber de gozar*, por-

(58) KOHLER: *Ob. cit.*, págs. 221 y sigs. y 290.

(59) FADDA y Bensa, notas al WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, I, parte II, Turin, 1925, págs. 473 y sigs., y FERRARA: *L'usufrutto...* cit., págs. 476 y siguientes.

(60) *L'usufrutto...* cit., págs. 479 y sigs., y *Trattato...*, págs. 815 y sigs.

que no puede con su conducta pasiva (por ejemplo, teniendo cerrado el establecimiento, con la consiguiente pérdida de clientela) perjudicar la hacienda. El usufructuario normal tiene el derecho de gozar, no la obligación de gestionar, como la tiene el usufructuario de la hacienda, al que precisamente le afecta dicho deber por ser administrador y no usufructuario.

Pero acertadamente observa BARBERO que, sin necesidad de recurrir a la idea de administración *in rem propriam* y operando sólo con el concepto técnico de usufructo, se llega a dar con el fundamento de aquel deber del concesionario de la hacienda. En efecto, la noción de usufructo es suficiente para explicar por qué el usufructuario de la hacienda tiene no sólo el derecho de goce, sino también, en un cierto sentido—usando las palabras de FERRARA—; un deber de goce, en cuanto está obligado a conservar la hacienda, no dañándola con su actitud pasiva. El *salva rerum substantia* se aplica también referido a la hacienda como objeto de usufructo. Se trata de un usufructo propio, caracterizado por el derecho a disfrutar de la hacienda, con la obligación de conservar su forma y substancia (61).

La hacienda, considerada objeto del usufructo como "cuerpo compuesto funcional"—son palabras de BARBERO (62)—, explica adecuadamente toda la conducta del usufructuario en el ejercicio de su derecho: ya sea en lo que afecta a sus obligaciones, ya en lo que mira a sus facultades (en nuestro caso, la de vender las mercancías). El derecho fundamental que sobre la hacienda recae es único (derecho de goce o disfrute); pero comprende tantas facultades específicas como elementos la integran. El *ius distrahendi* no constituye un derecho autónomo, sino una facultad en el cuadro de disfrute de la hacienda (63).

Por consiguiente, no se está frente a una figura anómala de usufructo (64) que implique una excepción del *salva rerum substantia*,

(61) Cfr. BARBERO: *Le universalità...* cit., págs. 366 y sigs. y FERRARA: Ob. y loc. ult. citis.

(62) Ob. cit. ult., pág. 369.

(63) SCIALOJA (Nota a una sentencia, en "Foro Italiano", 1883, I, págs. 705 y sigs.) y BARASSI (idem id., 1912, I, págs. 315 y sigs.), partidarios de la llamada "teoría atomista", sostienen que todo derecho sobre la hacienda (incluido el usufructo) se descompone en una suma de derechos sobre los particulares elementos que la integran. Esta afirmación tiene su parte de verdad y su parte de error. Es cierto que en los derechos que tienen por objeto la hacienda están incluidos otros tantos derechos sobre los elementos que se encuentran en aquélla, porque de otro modo se llegaría a la consecuencia absurda de que el que tiene derecho a disfrutar la hacienda no podría servirse de los elementos de la misma. Pero sería erróneo creer que estos derechos especiales son además autónomos. No se comprende cómo puede surgir un derecho autónomo sobre una cosa o elemento que no ha sido por sí sólo considerado como objeto del negocio que da origen al derecho de goce. Se trata, por tanto, de derechos que se configuran mejor como facultades singulares implícitamente subsiguientes a un derecho único y verdaderamente autónomo: el derecho de disfrutar la hacienda (vid. BARBERO: *Le universalità...* cit., págs. 363 y sigs.).

(64) La teoría de KOHLER ("usufructo de disposición"), en cuanto afirma que las cosas por el hecho de su reunión están destinadas a un modo particular de disfrute que exige que el titular del usufructo tenga una facultad de disponer

sino ante un usufructo normal (*ius utendi fruendi*) que no tiene otra especialidad que la de referirse a la hacienda como objeto *único* de derecho (65).

Esta construcción no sólo esclarece el *ius disponendi* del usufructuario de la hacienda respecto a las mercaderías destinadas al tráfico, sino que satisface todas las exigencias que derivan del carácter complejo de la relación, cosa que, por el contrario, no sucede ni con la antigua teoría que resuelve esta figura en un cuasi-usufructo total o parcial, con traspaso de la propiedad, ni con la tesis de KOHLER. Al mismo tiempo despeja el camino para llegar a la que nos parece ser la recta interpretación del artículo 482.

7. Este precepto sólo se refiere a las cosas consumibles en sentido material (consumibilidad física): "cosas que no se pueden usar sin consumirlas", cuyo modo adecuado de disfrute consiste en agotarlas por el *ius utendi*. Pero antes de pasar a exponer los rasgos fundamentales del cuasi-usufructo en nuestro sistema, como derecho de disfrute sobre cosa ajena consumible, caracterizado por el *ius utendi*, creemos oportuno insistir sobre la naturaleza de su objeto. Porque de la idea de consumibilidad seguida por el Código en el artículo 482 depende en última instancia lo que deba entenderse por "derecho a servirse de las cosas", que siempre utilizadas de acuerdo con su naturaleza.

Sabido es que el concepto de consumibilidad viene entendido comúnmente de una forma restringida: destrucción o consumo como efecto del uso. Cuando el uso normal de una cosa conduzca forzosamente a la destrucción de su integridad corporal o a la pérdida de su individualidad, se dice que esta cosa es consumible (66). Lo que se discute es si este concepto de lo consumible, en sentido material, es o no una cualidad puramente ontológica (67). En realidad, como observan FADDA y BENZA, el criterio distintivo de las cosas consumibles y no consumibles no puede ser un criterio objetivo derivado de la misma naturaleza de las cosas, porque, desde este estricto punto de vista, no hay lugar para una distinción: todo se consume con el tiempo. Por eso, a su juicio, conviene tener en cuenta más bien el punto de vista económico-social. Consumibles son aquellas cosas cuyo uso en la economía normal y ordinaria de un determinado momento consiste precisamente

no existente en el usufructo normal, no está en absoluto privada de fundamento y puede ser compatible con lo que antes se dice en el texto.

(65) La naturaleza jurídica de la hacienda no es, como advierte BARBERO, la de ser una *universitas*. La *universitas* no puede constituir la naturaleza jurídica de nada; no es más que un *modo de considerar* la hacienda (como otros complejos patrimoniales) en determinadas relaciones (ob. cit., págs. 262-263).

(66) Así WINDSCHEID (ob. cit., pág. 7): "consumibles son aquellas cuyo uso adecuado consiste en una destrucción de su integridad corporal"; BRUGI: *Istituzioni di Diritto civile*, 2.ª ed. Milán, 1907, pág. 139; CHIRONI: *Elementi di Diritto civile*, Turín, 1914, pág. 64.

(67) La idea dominante es la de la consumibilidad como cualidad objetiva. Así por sólo citar un nombre según COVIELLO (N.) (*Manuale di Diritto civile italiano*, Roma-Milán-Nápoles, 3.ª ed., 1924, págs. 271-272), la consumibilidad es una cualidad objetiva de la cosa.

en consumirlas, en el sentido de destruir su esencia; no consumibles, aquellas cuyo uso normal, si bien puede producir deterioro, no consiste en destruirlas (68).

Algunos autores amplían aún más el concepto de lo consumible hasta comprender dentro del mismo no sólo las cosas que son consumibles en un sentido material, sino también las que lo son desde un punto de vista meramente jurídico (69). Para comprender el dinero y las mercaderías destinadas a la venta en el número de las cosas consumibles se piensa que acaso convenga ampliar el sentido de la consumición y definir las cosas consumibles como aquéllas que en su normal empleo, según los usos de determinada economía, dejan de formar parte del patrimonio del propietario que las usa. El concepto de consumibilidad, entendido de este amplio modo, como término de la pertenencia a un determinado patrimonio, sería idéntico para las dos categorías de utilizaciones (uso en sentido material o destruir y uso en sentido jurídico o enajenar). Por eso FADDA y BENSA proponen sustituir en la fórmula de VENEZIAN—según el cual la consumibilidad no resulta de la constitución física de la cosa, sino del destino que las cosas reciben de sujetarse a un modo de goce que hace necesaria su inmediata destrucción (70)—las palabras “inmediata destrucción” por “inmediata salida del patrimonio”. Puede suceder de este modo que la cosa salida del patrimonio del que la usa recaiga en el patrimonio de otro a quien se le enajenó. El ejemplo típico sería el de las mercancías incluidas en una hacienda comercial: como a éstas se les imprime el destino de ser vendidas, no ya el de ser disfrutadas directamente, no cabría duda de que serían también consumibles (71).

Ahora bien, concibiendo unitariamente el concepto de la consumibilidad, se desconoce una diferencia por el *modo de goce* del máximo interés. No es cierto que sea indiferente para el concepto de la consumibilidad la forma del uso ni que enajenar sea la manera más evidente de consumir. El modo de disfrute, directo (uso) en unos casos e indirecto en otros (enajenación), impone una divergencia que no se puede desconocer, como ocurre si se hace de una nota común (salida del patrimonio en ambos casos), pero accesoria, la característica decisiva de la unidad conceptual. Nos parece más acertada la idea de hacer de las cosas utilizables mediante enajenación una categoría independiente, reservando el concepto de lo consumible para las cosas de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman o destruyan.

Este último parece ser el criterio que sigue nuestro Código cuando, en su artículo 337, define los bienes consumibles, que el legislador, im-

(68) FADDA y BENSA: Ob. cit., pág. 653.

(69) Vid. PACCHIONI: *Elementi di Diritto civile*, Turín, 1916, pág. 198. Según este autor, son cosas consumibles aquellas que no se pueden usar según su destino como no sea destruyéndolas, al erándolas o transmitiéndolas a otro.

(70) VENEZIAN: Ob. cit., II, pág. 248.

(71) FADDA y BENSA: Ob. cit., págs. 654 y sigs.

propriadamente, llama fungibles, y también el dominante en nuestra doctrina (72).

Lo cierto es que el artículo 482, al hablar de las "cosas que no se pueden usar sin consumirlas", se refiere a un disfrute directo por el uso, como se desprende del paralelismo y nexos existentes con el precepto anterior, y a una consumición en sentido material. Nunca pueden entenderse comprendidas en el 482 las mercancías destinadas a la venta, incluidas de ordinario en un establecimiento mercantil, respecto a las que el *ius distrahendi*, como hemos visto, no constituye un derecho o modo de disfrute autónomo, sino una simple facultad en el cuadro de disfrute de toda la hacienda (73).

Así, pues, el modo de goce de las cosas a que se refiere el artículo 482 consiste en servirse de ellas por el *ius utendi*, que es el poder de disfrute adecuado a su naturaleza de cosas consumibles en sentido físico.

8. Vimos en la primera parte de este estudio, al examinar la crítica de BARBERO a la construcción tradicional, que, según este autor, es perfectamente concebible que un sujeto goce legítimamente de una cosa de utilidad simple sin necesidad de ser su propietario, aunque dicho goce implique la destrucción de la misma.

Esta idea primaria sienta una base segura que, no obstante, precisa de ulterior desenvolvimiento, sobre todo frente a la doctrina clásica, que exige la previa adquisición de la propiedad por el cuasi-usufructuario como *conditio sine qua non* para que éste pueda gozar de las cosas consumibles dadas en usufructo.

Lo que legitima la conducta del cuasi-usufructuario no es la concesión del *ius abutendi* y, por tanto, el traspaso de la propiedad, sino que presupuesto para la legitimidad del goce del usufructuario de bienes que se consumen por el uso es sólo un poder o derecho de goce *posible*, es decir, capaz de ser ejercitado con relación a unas cosas que no pueden ser gozadas de otro modo que consumiéndolas.

Por eso, mejor que aludir al *ius abutendi*, es referirse al poder de disfrute preciso para que un sujeto pueda usar una cosa consumible ajena. Se trata de un poder autónomo e idóneo para el goce de los bie-

(72) CASTÁN afirma que "se considera también consumible el dinero, porque, aun cuando físicamente hablando, la moneda pueda ser inconsumible, desde el punto de vista jurídico, con el uso que se hace de ella, según su destino, sale del patrimonio del usuario" (ob. cit., tomo I, pág. 262). Sólo en un sentido especial se puede considerar como consumible el dinero (Cfr. WINDSCHEID: Ob. cit., página 8). Pero aunque éste pueda ser asimilado en cierto modo a las cosas consumibles, no es posible en nuestro Derecho extender tanto el concepto de la consumibilidad que quepan dentro del mismo las mercaderías destinadas a la venta, porque éstas no son de ningún modo consumibles por su naturaleza (art. 337), sino que únicamente lo son en sentido jurídico por destino imprimido por la voluntad.

(73) Cuando sobre un conjunto de mercancías no incluidas en una hacienda mercantil se constituya directa y autónomamente un *ius distrahendi* para que el destinatario se lucre con su ejercicio, no se estará frente a un caso de usufructo, sino ante un nuevo derecho real caracterizado por el *ius disponendi*, en virtud del *numerus apertus* que admite nuestra legislación.

nes de utilidad simple. El cuasi-usufructuario no precisa de la propiedad para gozar legítimamente de los bienes objeto de su derecho; le basta el *ius utendi*, el cual lleva insita la facultad de proceder a la consumición cuando, como en este caso, recae sobre cosas que no se pueden usar sin consumirlas (art. 482).

Este poder, estrictamente conmesurado al fin o destino de las cosas, no sólo permite la vida de la propiedad ajena como derecho unitario y abstracto, con la facultad en potencia de recuperar su plenitud si se extingue el usufructo sin haberlo ejercitado, sino que también deja el campo abierto a otros poderes o facultades en la zona no afectada por el mismo (74) hasta tanto que su ejercicio agote el derecho de propiedad por la pérdida del objeto.

Que se trata de un *ius utendi* respecto a las cosas físicamente consumibles se desprende de lo que dejamos dicho en el número anterior. La comparación del artículo 482 con el 481 lo aclara. Dispone este último que “si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco *por el uso*, el usufructuario tendrá *derecho a servirse de ellas*, empleándolas según su destino...”. Y el primero, siguiendo los mismos pasos, preceptúa que “si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden *usar* sin consumirlas, el usufructuario tendrá *derecho a servirse de ellas...*”. En realidad, los dos artículos se corresponden mutuamente y se complementan. El “derecho a servirse de las cosas” no puede ser otro en una y otra norma que el *ius utendi*, esto es, el “derecho a disfrutar” de unos bienes ajenos que sólo prestan utilidad por el uso más o menos continuado: más, en el caso de la deteriorabilidad; menos—*uno usu*—, en el de la consumibilidad.

Nuestro Código ofrece un amplio margen a esta construcción del cuasi-usufructo como derecho real de goce consistente en el *ius utendi* de las cosas consumibles ajenas y abre la posibilidad de encuadrarlo dentro del supuesto de hecho típico del usufructo (art. 467) como una de sus modalidades por razón del objeto.

En efecto, en el artículo 481 se reconoce—y la doctrina en este punto es concorde—que cabe un verdadero y propio usufructo sobre aquellas cosas infructíferas—las deteriorables—cuyo “disfrute” consiste precisamente en usarlas según su destino, aunque se deterioren. No hay, pues, ningún inconveniente en admitir que una forma del “derecho a disfrutar” es el *ius utendi* en sentido estricto (*usus sine fructus*). Con relación a las cosas que no se pueden usar sin consumirlas no existen razones para no calificar su disfrute de *usufructo*—el legislador lo califica así de modo claro—sólo porque el “derecho a disfrutar” de las cosas consumibles consista en el derecho a usar de ellas en forma adecuada a su naturaleza: uso por la consumición (75).

(74) Tal ocurría con el poder de disposición que, según el artículo 489, corresponde al propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, y que creemos también aplicable al cuasi-usufructo.

(75) La expresión “derecho a disfrutar” no es adoptada por el Código en el sentido de derecho a percibir los frutos *strictu sensu* de la cosa, porque de otra suerte no cabría el usufructo directo de cosas naturalmente infructíferas

Y el artículo 467, al disponer que "el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa", permite, en primer término, encuadrar el llamado cuasi-usufructo dentro del ámbito del usufructo, al no considerarse de esencia al concepto de éste el límite tradicional *salva rerum substantia* (76), y, en segundo lugar, reconoce la posibilidad de que el poder de disfrute sobre ciertas cosas ajenas implique el no cumplimiento de la obligación legal de conservar su forma y substancia, cuando la misma ley o el título constitutivo lo autoricen (77). Esto es lo que, a nuestro juicio, debe estimarse que hace el artículo 482 al establecer que "si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas". El Código no dice que el usufructuario de bienes consumibles se convierta en propietario, como de modo terminante lo dice para el mutuo (art. 1.753), sino que habla de un simple derecho a servirse de las cosas consumibles paralelamente a lo que se dice a propósito de las deteriorables, que nadie duda que permanecen en la propiedad ajena, si bien el ejercicio de dicho derecho acarree la consumición o la pérdida de la individualidad de aquéllas, las cuales, de acuerdo con el artículo 467, continúan siendo propiedad de otro, aun cuando se esté autorizado legal o convencionalmente para alterar su substancia.

Pero si la consumición no tiene transcendencia para imprimir un cambio al contenido y naturaleza del derecho de usufructo cuando re-

(por ejemplo, usufructo de una casa destinada a la vivienda). Por eso nos parece más apropiada la fórmula del Código civil portugués: "usufructo es el derecho de convertir en utilidad propia el uso o producto de una cosa ajena, mobiliaria o inmobiliaria" (art. 2.197).

(76) Observa MAIA, a propósito del artículo 2.197 del Código civil lusitano, que se hizo desaparecer la tradicional restricción "salva la substancia de la cosa" con objeto de comprender en la definición de aquel precepto al usufructo de cosas consumibles o cuasi-usufructo (*Direitos do usufructuario*, Coimbra, 1946, página 6). La misma supresión operada en la fórmula romana se mantiene en los Códigos modernos, como el alemán y el brasileño. En cuanto a nuestro Código, en su primera edición consideraba usufructo el derecho de disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia. Pero, como hace notar MANRESA (ob. cit., pág. 353), sin duda se estimó que la definición no resultaba exacta o que realmente se comprendían en los artículos 467-512 casos de usufructo que no encajaban en el marco de la definición, y esto hizo que en la edición actual se abandonase la forma de definición, expresando el contenido de ese derecho y añadiendo las palabras finales que hoy se leen.

(77) Lo referente al título constitutivo (art. 467) deb'a obedecer a la idea de que, así como la ley reconoce en un supuesto (art. 482) la posibilidad de que el *ius utendi* por la naturaleza especial del objeto conduzca a la consumición y lleve insita la facultad de proceder a ella, los interesados podrían pactar lo mismo en los casos en que no entrara en juego la norma del artículo 482 que, como hemos dicho ya, se refiere exclusivamente al supuesto de que el usufructo comprendiera cosas consumibles junto con otras de diversa naturaleza formando una unidad patrimonial. Es decir, que no sólo en el restringido supuesto del artículo 482 se puede dar lugar a un cuasi-usufructo, sino también cuando aquél se constituya directamente sobre un conjunto de cosas consumibles físicamente. En esta hipótesis se aplicará por extensión el artículo 482 a todo aquello que no haya sido regulado por el título constitutivo.

cae sobre bienes consumibles, podrá adquirir relieve para su estructura, explicando su "especialidad" por razón del objeto.

La consumición es una consecuencia del disfrute que impone un remedio autónomo, característico del usufructo en cosas consumibles. Este remedio es el deber, que *ex lege* deriva, de restituir el *tantundem* o el valor, el cual, en cierto modo, restablece el equilibrio roto por la consumición. Si sólo se pensó en conceder al cuasi-usufructuario un derecho de disfrute, parece justo que se repare la consecuencia a que conduce el ejercicio de su derecho. La *restitutio* del *tantundem* es el instrumento que, dentro de lo posible, supera la no subsistencia de la propiedad después del goce de unos bienes que no pueden ser disfrutados de otro modo que consumiéndolos del todo. Nótese que con relación a las cosas simplemente deteriorables no se impone aquel deber, porque siempre puede subsistir la propiedad del constituyente (o de su heredero) sobre las mismas "en el estado en que se encuentren al concluir el usufructo" (art. 481).

Queda siempre así jurídicamente—desde el punto de vista económico la diversidad es tajante—una diferencia, de una parte, entre la permanencia de la propiedad de la cosa y la consiguiente reivindicación, características del usufructo ordinario (*ius alieni rebus utendi fruendi salva rerum substantia*), y de otra, la no permanencia de la misma y el subsiguiente crédito a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad o al pago de una suma equivalente, propios del usufructo en cosas consumibles (*ius alieni rebus utendi vel consumendi*) cuando se ejercita el derecho (78).

De modo que, de acuerdo con nuestra tesis, que conduce a una aproximación substancial del cuasi-usufructo al usufructo, creemos que, aun cuando en un sistema jurídico determinado, como ocurre en el nuestro, sea posible encuadrar el primero en el esquema legal del segundo (79), siempre subsistirán motivos para justificar la autonomía del llamado cuasi-usufructo, siquiera sea dentro del marco del usufructo, como una de sus modalidades por razón del objeto.

La no atribución de la propiedad al cuasi-usufructuario, aparte de aclarar el artículo 467, viene impuesta por otras disposiciones del Código. No cabe duda de que éste considera el cuasi-usufructo como una simple modalidad del usufructo colocada en un pie de igualdad con los llamados "usufructos especiales", a los que, sin duda, hay que aplicar las normas que el legislador dicta para el usufructo en general.

(78) Es claro que si el usufructo acaba antes de que las cosas consumibles hayan sido disfrutadas, el nudo propietario podrá reivindicarlas. Cfr. BARBERO: *El cuasi-usufructo...* cit., pág. 210.

(79) En sentido contrario, BARBERO (ob. ult. cit., pág. 201), el cual, con referencia al Código italiano del 65, que en el artículo 477 mantiene en todo caso la obligación de conservar la substancia, tanto en la materia como en la forma, no encuentra inconveniente en dejar al cuasi-usufructo toda la autonomía, en lugar de prodigarse en vanas tentativas para reconducir la figura jurídica en cuestión al esquema del usufructo cosa imposible cuando el usufructo sea una institución legalmente delimitada sobre un concepto económico: el del disfrute de los bienes de utilidad repetida.

Así, el *usufructuario* de cosas consumibles (art. 482) también estará obligado a cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (art. 497), deber que si tiene sentido para el titular de un *ius in re aliena*, no la tiene para el que es propietario (80).

La vigencia de este deber con relación al usufructuario de cosas que se consumen por el uso resulta, por otra parte, totalmente clara de los artículos 491 y siguientes. Porque si, de un lado, se establece (art. 491, 2.º) que todo usufructuario está obligado a prestar fianza—si no media dispensa legal (art. 492) o convencional (art. 493)—, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a la sección 3.ª, título VI, libro II, en la que se encuentra el ya mencionado artículo 497, y, de otro, los artículos 494 y 495, al dictar disposiciones concretas para el caso de incumplimiento del deber de prestar fianza, hacen referencia a “bienes muebles” en general, sin distinguir entre consumibles y no consumibles (81), no cabe duda de que hoy para el usufructo de los primeros rige la *cautio usufructuaria*, con aquella finalidad que ULPIANO le asignaba para el usufructo ordinario (82), es decir, garantizar el cumplimiento de la obligación de usar de la cosa como un buen padre de familia (art. 497) y de restituirla al fin del usufructo (argumento del art. 522) (83). En el Derecho moderno, lo mismo que en el Justineano, la *cautio* no es el elemento estructural e intrínseco a la relación que hace posible el traspaso de la propiedad al cuasi-usufructuario, como por el contrario ocurría en el Derecho romano clásico, sino que constituye una simple garantía exterior que presupone, como en el usufructo ordinario, el dominio del

(80) En efecto, como señala BARBERO (ob. ult. cit., pág. 214), ¿qué sentido tendría imponer a un propietario la caución de gozar de sus cosas como un buen padre de familia? El propietario no puede estar sometido a una obligación de esta naturaleza. Le afectará, a lo sumo, un deber en algún sentido semejante en virtud de la función social de la propiedad; pero se trata de dos cosas completamente diferentes. Vid. BARASSI: *La proprietà...* cit. págs. 338 y sigs.

(81) Téngase en cuenta, además, que los artículos 494 y 495 hablan a un tiempo de propietario y usufructuario con relación a “bienes muebles”, consumibles y no consumibles según los artículos 346 y 337.

(82) D. 7, 9, 1, 6.

(83) Según BARBERO (ob. ult. cit., pág. 216), la función propia de la *cautio* es la de garantizar durante el usufructo que el goce de las cosas se efectúe con la diligencia de un buen padre de familia, realizándose sólo de reflejo una garantía para la restitución. A nuestro juicio, no hay obstáculo en admitir que la función esencial de la *cautio usufructuaria* sea la descrita en el artículo 497. Pero la *cautio* tiene también en nuestro Derecho la finalidad de garantizar la restitución de la cosa recibida en usufructo, como resulta del artículo 522 (“verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca”). Con relación al usufructo de cosas consumibles, la *cautio*, pues, no sólo garantizará el cumplimiento del deber impuesto por el artículo 497 sino también el de la obligación de restituir que deriva del artículo 482, interpretado según los principios de nuestra tesis: la restitución se efectuará *in individuo* cuando subsistan las mismas cosas, en todo o en parte, al fin del usufructo, por no haberse ejercitado el derecho a servirse de ellas con la consumición; dándose ésta se hará entregando el avalúo, el *tantumdem* o el precio corriente al fin del usufructo, según los casos.

nudo propietario o constituyente. La *cautio fructuaria* (84), diversamente adaptada, no se desdobra ya en una *cautio usufructuaria* (garantía), para el usufructo propio, y una *cautio quasi usufructuaria* (contraprestación), para el usufructo impropio; es la misma *cautio usufructuaria* (garantía), que rige tanto para el usufructo ordinario como para el usufructo *rerum quae usu consumuntur* (85).

(84) Vid. RUGGIERO: *Sulla "cautio fructuaria"*, en "Studi in onore di Scialoja", I, Milán 1904, págs. 71 y sigs.

(85) El hecho de que en el período clásico el *salva rerum substantia* fuese un límite objetivo esencial al usufructo, tal como está expresado en el pensamiento de PAULO y ULPIANO (vid. supra, nota 41), impedia el reconocimiento del usufructo sobre los bienes consumibles, precisamente por que el esquema del usufructo en el ordenamiento romano del que formaba parte aquel límite, estaba trazado sobre la base de los bienes de utilidad repetida, que por las condiciones económico-sociales de los primeros tiempos eran los únicos que ofrecían interés. Cuando por la importancia creciente de la riqueza mobiliaria y acaso también como consecuencia de ciertas disposiciones (vid. VENEZIAN, cit., I, pág. 6) se sintió la necesidad de extender el usufructo a las cosas consumibles, se tropezó con un obstáculo serio y terminante que se superó por el ingenioso medio, tan del gusto de los clásicos de una *fictio* y de una asimilación de carácter procesal, que facilitaba la extensión útil de las acciones que correspondían sobre la base del usufructo (RENARD: *Contribution à l'histoire de l'autorité législative du Sénat romain. Le senatusconsulte sur le quasi usufruit*, Nancy, 1898, págs. 41 y sigs. y 63 y sigs.) dando lugar a la figura del cuasi ("como si fuese") usufructo. Para conseguir el efecto del usufructo se tuvo que recurrir (en el orden substancial) a una transmisión de la propiedad, adaptando a tal fin una institución ya existente: la *cautio* (Cfr. GROSSO: *Sul quasi usufrutto*, en "Bulletino dell'Istituto di Diritto romano". 1935, págs. 261 y sigs.). De modo que la *cautio* tenía en el *quasi usufructus* otra función bien distinta de aquella que desempeñaba el usufructo propio. En éste, como decía ULPIANO (D. 7, 9, 1, 6), cumplía el doble fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de usar de la cosa como un buen padre de familia y de restituirla al fin del usufructo. En el cuasi-usufructo, por el contrario más que una garantía representaba el expediente o instrumento por cuyo medio se realizaba el usufructo en cosas consumibles. La *cautio quasi usufructuaria* no era como la usufructuaria, una mera garantía externa; era un elemento esencial a la estructura de la relación, en contraprestación del cual se transmitía por la *traditio* la propiedad de las cosas. Y de la *cautio* surgía también el deber de restituir el *tantundem*, una vez acabado el cuasi-usufructo (GROSSO: Ob. cit., págs. 260 y sigs., 276 y 278). La *cautio* en la estructura del cuasi-usufructo representaba como el *corpus restitutionis* y encuentra su correspondencia en el usufructo, no en la *cautio*, garantía característica de éste sino, en cierto modo, en la *res* que debía ser restituída al fin del usufructo. Lo cierto es que la *cautio* en el derecho clásico era para el cuasi-usufructo una verdadera *conditio sine qua non*, como resulta del fragmento 6, pr. D., 36 4. Con el tiempo, ya fuese por efecto de una tendencia de los mismos jurisconsultos en la interpretación del Senadoconsulto, o más probablemente, por obra de los compiladores, la *cautio* perdió su naturaleza de elemento estructural intrínseco a la relación, asumiendo el carácter de garantía exterior de la misma. "El cuasi-usufructo—dice BARBERO, siguiendo el camino abierto por GROSSO, especialmente a través de la interpolación agudamente descubierta en el fragmento 5, párrafo 1, D. 7, 5 (ob. cit., páginas 276 y sigs.)—no es ya el instituto que en la *cautio* encuentra su fundamental elemento constitutivo sino que es la *cautio* la que en la anterior constitución del cuasi-usufructo encuentra ahora su razón de ser, su presupuesto. La *cautio quasi usufructuaria* se equipara a la *cautio usufructuaria*, asumiendo su misma naturaleza" (ob. cit., pág. 216). De esta suerte, en el derecho justineano, la asimilación procesal del derecho clásico se convierte en una aproximación de ca-

Ahora bien, lo más decisivo no es la *cautio misma*, que puede faltar cuando, de acuerdo con los artículos 492 y 493, sea dispensada, sino las obligaciones en garantía de las cuales debe ser prestada, especialmente la del artículo 497, porque el Código impone genéricamente a todo usufructuario, sin distinciones, el deber de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, y no cabe duda de que cuasi-usufructuario es, según los artículos 467 y 482, un usufructuario, no un propietario, a quien le alcanzará, por tanto, aquella obligación.

9. Estudiaremos ahora los obstáculos que pueden oponerse a la construcción del cuasi-usufructo que propugnamos.

Examinaremos la posibilidad de que la adquisición del dominio por parte del cuasi-usufructuario sobrevenga por motivos que inutilizarían, en la mayor parte de las ocasiones, el logro de los resultados prácticos a que nuestra tesis conduce; porque de nada serviría mantener en línea teórica la construcción del cuasi-usufructo como derecho de goce sobre las cosas ajenas consumibles si por otros caminos se llega de ordinario a la misma consecuencia que constituye el punto central, lleno de inconvenientes, de la teoría dominante: el traspaso de la propiedad.

a) A juicio de BARBERO la transmisión de la propiedad se puede dar sobre circunstancias que no son inherentes a la estructura del derecho, sino a la naturaleza del objeto. Su tesis merece un detenido examen.

Como las cosas que constituyen el objeto del cuasi-usufructo son por lo común cosas fungibles, es decir, *quae numero, pondere et mensura consistunt* (86), el traspaso de la propiedad de las mismas podrá

rácter substancial, facilitada por el nuevo significado, lejano de la idea del límite objetivo, que adquiere el *salva rerum substantia* en el pensamiento de JUSTINIANO. Esta aproximación hizo posible que con la *cautio* garantía se comunicaran al cuasi-usufructo otros elementos antes característicos del usufructo, en la medida que lo consentía su diversidad. Tal sucedería con la obligación de gozar como un buen padre de familia obligación que—como nota BARBERO—tiene su significado en el hecho de que el usufructuario no es propietario (ob. y loc. cit.). Y este deber de gozar como un buen padre de familia, que el cuasi-usufructo debería tomar en tiempo de JUSTINIANO del régimen del usufructo, no hay razón para no estimarlo trasladado al esquema del cuasi-usufructo, con el significado inherente al usufructo. La evolución de la *cautio quasi usufructuaria* ilumina, pues, bastante el problema estructural. Con esto se apunta la idea—que exigir a una crítica más a fondo de las fuentes—de que el cuasi-usufructo en el derecho justineano no importaba como elemento constitutivo el traspaso de la propiedad, como por el contrario ocurrió durante la época clásica. Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que queda señalado el origen de la teoría que estructura el cuasi-usufructo como usufructo impropio a través de la propiedad. No cabe, por tanto, alegar en apoyo de la misma el precedente romano, porque la situación en el derecho actual es bien distinta de la del período clásico.

(86) De acuerdo con VENEZIAN, afirma BARBERO que el concepto de los bienes de utilidad simple, aun siendo diverso como noción, se corresponde en gran parte con el concepto de bienes fungibles. Lo cual no excluye que algunas de las cosas consumibles sean no fungibles por especiales características, como, por ejemplo, ocurre con el último tonel de un vino afamado (ob. cit., pág. 218 n. 1). Vid. BURKEL: *Beiträge zur lehre des Niessbrauch*, I, München, 1864, pág. 14.

sobrevenir de acuerdo con los principios que regulan las relaciones jurídicas en orden a objetos de aquella naturaleza. Para BARBERO la disposición del artículo 1.450 del Código italiano del 65, según la cual cuando se venden cosas por peso, número o medida la venta no se perfecciona—y por consiguiente, según el sistema de dicho Código, no se produce el efecto real—hasta tanto que las cosas hayan sido contadas, pesadas o medidas, es susceptible de una aplicación inversa. Entregada una cierta cantidad de cosas fungibles con un acto no idóneo por sí mismo para transmitir la propiedad y aun con la voluntad de reservarse dicha propiedad, tal intento se consigue y subsiste después de la entrega mientras que las mismas cosas no se hayan mezclado de tal forma con otras del mismo género pertenecientes al cuasi-usufructuario que ya no se puedan individualizar como no sea procediendo a una repetición de aquellas circunstancias que anteriormente las individualizaron, esto es, volviendo a pesar, contar o medir una igual cantidad.

Así pues, según BARBERO, el traspaso de la propiedad en el cuasi-usufructo sobreviene eventualmente y en el preciso momento en el que, después de la entrega, se produzcan aquellas circunstancias que, por oposición a las individualizantes, él llama “desindividualizantes”. “Como las primeras, según el impulso dado por la voluntad al negocio, transmiten la propiedad aun sin la *traditio* o, por el contrario, la retienen no obstante la *traditio*, del mismo modo las segundas determinan el efecto inverso: provocan la pérdida en aquel patrimonio en que la propiedad existía sin posesión y la originan en aquel patrimonio en que la posesión existía independientemente de la propiedad. El sobrevenir de tales circunstancias—cosa que sucede fácilmente—determina, independientemente de la estructura del derecho y de la naturaleza de su acto constitutivo, la transmisión de la propiedad de las cosas recibidas sólo en goce por parte del cuasi-usufructuario. En este momento, precisamente porque la propiedad de las cosas pasa al cuasi-usufructuario, desaparece la relación misma de cuasi-usufructo... y sucede un vínculo de propiedad, restringido por un deber, del cual es correlativo un simple crédito a la restitución del *tantundem*” (87).

A pesar del sugestivo fundamento, extrínseco a la naturaleza y estructura, que da a la eventual adquisición del cuasi-usufructuario, creemos que puede ser superado este posible obstáculo para construir el cuasi-usufructo como derecho real de goce sobre cosa ajena, porque, mirando bien las cosas, la tesis de BARBERO se apoya sobre una base fácilmente criticable y con relación a nuestro Derecho es insostenible.

En primer lugar, satisface poco el argumento *a sensu contrario* que deriva de una norma concreta referente a la compraventa y que pretende aducir como decisiva en materia de cuasi-usufructo. (88). A

(87) Ob. cit., págs. 218-219.

(88) El artículo 1.450 del Código italiano del 65 no tiene correspondencia en el Derecho español. El artículo 1.452 de nuestro Código dispone que “si las cosas fungibles se vendieron por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”. Se trata de una dis-

lo sumo, los "principios que constituyen la disciplina de las relaciones jurídicas en orden a las cosas fungibles" podrían deducirse de lo que imponga la naturaleza misma de dichos bienes. Así se podrá decir que en línea de principio parece natural que al confundirse una determinada cantidad de cosas fungibles con otras del mismo género pertenecientes a distinto propietario se pierde la posibilidad de reivindicarlas en concreto por la consiguiente pérdida de su individualidad, necesaria para poder ejercitar la *reivindicatio*. Pero de aquí a decir que por la mezcla se pierde la propiedad de las cosas mezcladas, media un abismo.

En efecto, cabe perfectamente la posibilidad de que el dominio sobre las cosas fungibles *in individuo* se transforme por la confusión en un derecho de propiedad sobre la cuota parte correspondiente, según las reglas de la mezcla (89). Es cierto que entonces no podrá ejercitarse la reivindicatoria, sino la *actio communi dividundo* para pedir la división de la cosa común (artículo 400). Aplicando estos principios al cuasi-usufructo tendremos que, una vez efectuada la mezcla o confusión de las cosas fungibles dadas en usufructo con las propias del cuasi-usufructuario en el patrimonio de este último, de mutuo acuerdo, casualmente o por la sola voluntad del cuasi-usufructuario, pero de buena fe, el constituyente o nudo propietario no pierde la propiedad, sino que conserva su derecho, con la sola modificación de recaer, no ya sobre las mismas cosas—por la imposibilidad material de ser separadas—, sino sobre una cuota del conjunto formado, proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas (artículos 381 y 382) (90).

Esta modificación no significa en modo alguno la pérdida del originario derecho de propiedad y la adquisición de un nuevo derecho de propiedad *pro indiviso*, como podría deducirse leyendo superficial-

posición referente al riesgo y no al traspaso de la propiedad, que siempre en nuestro Derecho sobreviene con la *traditio* (artículos 609, 1.445, 1.450 y 1.461 y sigs.). La atribución del riesgo al comprador en el momento de la individualización de las cosas fungibles, objeto del contrato, no quiere decir que aquél desde ese momento sea ya propietario porque, como es sabido, el mismo artículo—según la interpretación más correcta—en su primera parte imputa, como regla general, al comprador el riesgo por pérdida o deterioro debidos a caso fortuito, aun antes de que adquiera la propiedad por la tradición (*periculum rei venditae statim ad emptorem perinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*). (Vid. CASTÁN: Ob. cit., III, 1944, págs. 28 y sigs.). Así, pues, el simple hecho de contar, pesar o medir las cosas, decisivo para la imputación del riesgo, no transmite la propiedad si al mismo tiempo no se ponen en poder y posesión del comprador (artículo 1.462, párrafo 1.º) o se realiza la entrega en cualquiera de las formas previstas por el Código (artículos 1.462, párrafo 2.º, y 1.463).

(89) Artículos 381 y 382 del Código civil español y 471 en relación con el 463 del Código italiano antiguo.

(90) En el supuesto de mala fe del cuasi-usufructuario, de acuerdo con el artículo 382 párrafo 2.º, el nudo propietario no sólo no perdería su derecho de propiedad sobre las cosas fungibles dadas en usufructo, sino que este derecho se extendería también a las cosas mezcladas pertenecientes al primero.

mente el artículo 381, de expresión imperfecta (91). Porque así como la división de la cosa común no origina un nuevo derecho sobre la parte material adjudicada, sino que éste es continuación del anterior derecho a una cuota ideal, si bien circunscrito ya en cuanto al objeto (teoría de la división como acto declarativo de la propiedad), cabe sostener *mutatis mutandis* lo mismo en caso contrario: es decir, que el dominio *pro indiviso* sobre una determinada cantidad de bienes fungibles, mezclados o confundidos, es continuación del anterior derecho que cada propietario tenía sobre la misma cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad, individualizadas. La única diferencia consiste en esta última circunstancia, porque ni mudó la naturaleza del derecho, que sigue siendo real, ni la cuantía ni la identidad del objeto, que es siempre el mismo, dada la sustituibilidad característica de los bienes fungibles.

b) También, en el supuesto de mediar estimación (artículo 482, primera parte), podría pensarse que en virtud de ella se transmite *venditionis causa* la propiedad al cuasi-usufructuario. La postura del mismo sería entonces parecida a la de un comprador con precio aplazado (92).

Consúmense o no las cosas, el usufructuario de cosas consumibles previamente estimadas adquiriría su propiedad con la entrega, quedando simplemente obligado a pagar el importe de su avalúo (precio) al terminar el usufructo. La evaluación de las cosas consumibles hecha en el acto constitutivo del usufructo tendría, por regla general, este significado (*aestimatio facit venditionem*), porque habría que suponer que al hacer esa estimación el que constituye el usufructo quiere por anticipado determinar la cantidad en metálico que más adelante ha de entregar el usufructuario. La *aestimatio* convertiría al *accipiens* en propietario de los objetos dados en usufructo (93).

Pero, a parte de que el artículo 482, por la manera como está redactado, no parece que pueda dar lugar a una interpretación semejante—desde el momento que se acepta como punto de partida del mismo el uso o disfrute por la consumición, de modo que el deber de pagar el importe de avalúo sólo surge dándose aquella—, el principio *aestimati facit venditionem* y la correspondiente presunción de venta chocan con el espíritu y con las disposiciones de nuestro Derecho. Sería harto forzado ver en la primera parte del artículo 482 una presunción, aunque fuera *iuris tantum*, de venta, por el simple hecho de

(91) "Cada propietario *adquirirá*—dice—un derecho proporcional a la parte que le corresponda." Muchísimo más claro es en este punto el nuevo Código italiano, que en el artículo 939 dispone que "cuando varias cosas pertenecientes a diversos propietarios hayan sido unidas o mezcladas, de tal modo que formen un único conjunto, pero sean separables sin notable deterioro, cada uno conserva la propiedad de su cosa y tiene el derecho de obtener la separación. En caso diverso la propiedad se torna común en proporción al valor de las cosas correspondientes a cada uno".

(92) PÉREZ y ALGUER: Anotaciones a WOLFF cit., pág. 103.

(93) Cfr. COLIN-CAPITANT: Ob. cit., pág. 712, los cuales, sin embargo, opinan que sólo se trataría de una presunción *iuris tantum*.

preceder un avalúo de las cosas entregadas (cfr. arts. 1.250, 1.251 y 1.253).

Por otra parte, el mismo Código nos ofrece el ejemplo claro de la dote inestimada, mueble o fungible, cuyo usufructo y administración legales corresponden al marido (artículo 1.357), en el que a pesar de mediar evaluación de las cosas entregadas *dotis causa* (artículo 1.346, párrafo 3.º y artículo 174 Ley Hipotecaria) no se transmite, como por el contrario sucede en la dote estimada (artículo 1.346, párrafo 2.º), la propiedad al marido, sino que la mujer conserva el dominio de los bienes (artículo 1.360). Al marido sólo le corresponde el usufructo y la administración y está obligado a restituir, los mismos bienes que hubiesen constituido la dote, siempre que subsistan sin haberlos consumido o enajenado, o aquellos que los hubieran substituido (artículos 1.372, 1.359 y 1.370); sólo faltando *in corpore* es cuando restituirá el importe de la estimación (artículo 1.372, párrafo 1.º, in fine), y tal vez, aun mediando ésta, podrá devolver el *tantundem* (94).

El régimen establecido por el Código para el usufructo legal de la dote inestimada, mueble y fungible, es una prueba significativa de la exactitud en nuestro ordenamiento de la tesis por nosotros mantenida (95). Ni el marido usufructuario adquiere el dominio de las cosas consumibles que forman parte de la dote, ni la mujer transmite su propiedad en el momento del acto constitutivo, con la entrega, o en el instante de la consumición. Sólo la pierde con ésta—el marido nunca la adquiere—, por la consiguiente destrucción del objeto. Entonces es cuando surge el deber de restituir el importe del avalúo—si medió estimación—, el valor o el *tantundem*, una vez acabado el usufructo. Nuda propiedad y poder de disfrute coexisten hasta entonces.

La confirmación de lo que propugnamos—cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena—a través de este supuesto legal no sólo se da para la segunda parte de la proposición—*ius in re aliena*, no traspaso del dominio—, sino también para la primera—derecho de goce o disfrute (*ius utendi*)—. Aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, ya que el Código hace referencia a un *ius disponendi* del marido (artículo 1.359), es preciso tener en cuenta que este poder no deriva del usufructo, que sólo implica el “derecho a disfrutar”, sino la administración, que según el artículo 1.357 también corresponde al marido: “El marido es *administrador* y *usufructuario* de los bienes que constituyen la dote inestimada, con los derechos... anexos

(94) No existiendo estimación *restitutionis causa* (a efectos registrales debe haberla siempre), la *restitutio* de los bienes consumibles no tasados se hará con otro tanto de las mismas especies (artículo 1.372, párrafo 3.º), siempre que no se puedan restituir los mismos bienes que hubiesen constituido la dote o aquellos que los hubieran substituido (artículo 1.372, párrafo 1.º).

(95) También los artículos 163 y sigs., que regulan el usufructo legal de los padres sobre los bienes—incluidos los consumibles—de los hijos por razón de la patria potestad, parecen abonar la misma solución. (Vid. especialmente el artículo 163, que se refiere al depósito de los valores mobiliarios, incluidos, por tanto, los del artículo 482, *proprios* del hijo.)

a la administración y al usufructo" (96). El *ius disponendi* se explica suficientemente por el poder de gestión. La prueba de esto está en que aquél es limitado, en la medida exigida por una buena administración (97), y que no impide el ejercicio del mismo por la mujer en su calidad de propietaria (artículo 1.361).

c) Otro obstáculo que podría oponerse a nuestra construcción es el estimar que en la segunda parte del artículo 482 se confiere al cuasi-usufructuario, en todo caso, la facultad de restituir al fin del usufructo, aunque subsistan sin consumir los mismos bienes, otro tanto de la misma calidad o bien, a elección, su valor corriente en aquel momento. Pensando de este modo habría que afirmar que las opciones sin límite que se conceden al usufructuario de cosas consumibles le hacen, en unos casos, mutuario de dichas cosas; en otros, su posición sería parecida a la de un comprador con precio aplazado, que se señala con relación al valor que tengan las cosas en determinado día (artículo 1.448): en todo supuesto, por tanto, propietario y no titular de un *ius in re aliena* (98).

Creemos que, rectamente interpretado el artículo 482, no debe entenderse de modo tan absoluto el derecho de restituir (en el sentido de que el cuasi-usufructuario tenga la facultad de quedarse en propiedad con las cosas dadas en usufructo, entregando al final del mismo el *tantundem* o el valor). Es preciso no olvidar el supuesto de que se parte en el primer inciso: uso o disfrute por la consumición. Es decir, el usufructuario de las cosas que no se puedan usar sin consumirlas tiene derecho a servirse de ellas, con la *obligación*, una vez consumidas, de restituir un equivalente, que lleva consigo el *derecho* de optar entre devolver el *tantundem* o el valor; o lo que es lo mismo,

(96) Algunos autores extranjeros ven en estos derechos del marido sobre los bienes dotales una figura específica del fenómeno general del goce de cosa ajena diverso del usufructo típico. Así, DALLARI (*Enciclopedia giuridica italiana*, parte VI del vol. IV, voz "dote", pág. 1.046) considera el derecho del marido sobre los bienes dotales como un derecho *sui generis*. Y GIORGIANNI (*Teoria dei diritti di godimento...*, cit. I, págs. 68 y sigs) configura esta hipótesis como uno de los esquemas, con individualidad propia, a través del cual se realiza el goce de la cosa de otro y que tiene un contenido más amplio que el del usufructo en cuanto que va acompañado con el poder de administrar los bienes dotales, formando el único supuesto de hecho. Para otros, el contenido del goce del marido sobre los bienes dotales debe considerarse igual al del usufructo: COVIELLO (L.): *Sulla concessione fatta dal marito di aprire cave in un fondo dotale*, en "Foro italiano", 1934. I, n. 1.119 y sigs, y BIANCHI: *Contratto di matrimonio*. Turín, 1914, n. 197. En contra, vid. TEDESCHI: *Rapporti patrimoniali tra i coniugi*, en el "Trattato di diritto civile" de VASSALLI, vol. II, t. I. Turín, 1937, pág. 446, y BARASSI: *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milán 1940, pág. 248. A nuestro juicio, como se indica en el texto no se trata, con referencia a nuestro ordenamiento concreto, ni de una cosa ni de otra. Los derechos del marido sobre los bienes dotales inestimados son la suma de los que le corresponden independientemente por razón del usufructo y por razón de la administración.

(97) El control lo realizan las personas y organismos a que se refieren los artículos 1.359 y 1.352.

(98) PÉREZ y ALGUER, *cits.* pág. 103.

el usufructuario tiene derecho a restituir de una forma o de otra, alternativamente, pero no puede sustraerse a la obligación de restituir un equivalente.

El deber de restituir el importe del avalúo (primera parte del artículo), como vimos en el apartado *b*), sólo surge cuando de hecho se realiza la consumición. De un modo semejante, la obligación de restituir el *tantundem* o el valor nace únicamente cuando el usufructo acabe con la consumición de las cosas objeto del mismo (artículo 513, 5.º) (99). Sería absurdo que extinguido el usufructo por otras causas (confróntese artículo 513), como, por ejemplo, la muerte del usufructuario o el cumplimiento del plazo por el que se constituyó, se impusiera por el Código la *obligación*—única de que se habla—de restituir un equivalente (*tantundem* o valor), subsistiendo los mismos bienes sin haber sido disfrutados o consumidos.

Por tanto, está más de acuerdo con la naturaleza y carácter del cuasi-usufructo estimar que (cuando no se hubieren estimado) el derecho de restituir las cosas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, se refiere a una facultad de opción en el cumplimiento del deber de entregar un equivalente, que surge como consecuencia de la consumición y no antes (100). Así que si el usufructo acaba antes de ser consumidas las cosas, no existe el deber de restituir el *tantundem* o el precio corriente de las mismas en aquel momento, porque subsistiendo los bienes objeto del usufructo deben entregarse en el *idem* al propietario (artículo 522).

Con esto, de acuerdo con nuestra construcción, queda marcada una profunda diferencia entre el cuasi-usufructo y el mutuo; entre la postura del usufructuario de cosas consumibles (por regla general fungibles) y la del mutuario.

La analogía del cuasi-usufructo con el mutuo, cuando no la confusión, es un lugar común entre los que defienden la teoría tradicional. Según SÁNCHEZ ROMÁN, el llamado usufructo de cosas fungibles es considerado impropriamente como usufructo por el Código, puesto que en realidad el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas y queda obligado, cuando el usufructo termina, a la devolución del valor en que fueron estimadas al constituirse aquél, o, en su defecto, a restituir otras iguales en cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, términos e hipótesis más aplicables a

(99) Una cosa es que surja dicha obligación y otra que por el hecho de nacer haya que cumplirla inmediatamente si se estableció un plazo o éste resulta del usufructo global constituido. El usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena se extingue con la consumición o destrucción del objeto, pero el hasta entonces propietario no podrá hacer efectivo su crédito a la restitución hasta el cumplimiento del término. En ello reside una de las ventajas que el cuasi-usufructo procura: la que representa el hecho de consumir las cosas antes, devolviéndolas sólo después de cierto tiempo. También puede existir otra ventaja accidental, derivada del hecho de valer menos las cosas consumidas en la época de la devolución; pero esto constituye sólo un evento, ya que también pueden valer más.

(100) Vid. *supra*, págs. 33 y sigs.

una especie más o menos irregular del contrato de mutuo que a un caso de usufructo, aunque sea calificado así por puro arbitrio de la ley y no por esencia o naturaleza de la relación jurídica que representa (101). Y MANRESA observa que este usufructo especial queda en realidad convertido en un préstamo mutuo, añadiendo que, no obstante, se comprende que la ley lo incluya en el capítulo del usufructo, atendiendo sobre todo a los usufructos universales, ya que al quedar en la universalidad de bienes cosas consumibles convenía dejar sentado que tales cosas no debían ser excluidas del usufructo (102).

Para NICOLÓ y GIORGIANNI la estructura jurídica del cuasi-usufructo—el cual, según la *communis opinio*, actúa una transmisión de propiedad correlativa al nacimiento de una obligación de restituir— induce a identificarlo con el mutuo, sobre todo teniendo en cuenta la posible identidad de los bienes destinados a constituir el objeto de una y otra figura (103). A su juicio, estableciendo un paralelo entre el cuasi-usufructo y el mutuo, no se puede llegar más que a una perfecta igualdad entre las dos instituciones desde el punto de vista estructural: transmisión de la propiedad de las cosas fungibles entregadas en mutuo o usufructo y subsiguiente deber de restituir el *tantundem*. Sin embargo—opinan—el origen histórico del cuasi-usufructo y las expresiones del Código (en el nuestro, artículos 482 y 1.753) indican la diversa función económica que uno y otro están destinados a cumplir y los restringidos límites en que se aplica el cuasi-usufructo.

Así, como el senadoconsulto sobre el cuasi-usufructo (104) disponía que el legado de usufructo fuera eficaz respecto a los bienes de cualquier naturaleza que formasen el patrimonio del difunto (105), la disposición actual sobre el mismo se expresa de un modo semejante: “si el usufructo *comprendiera* cosas...” Esto induciría a sostener que la figura del cuasi-usufructo es únicamente relevante en la hipótesis de que entre los bienes que forman parte de un complejo de cosas sobre el cual se constituya, *inter vivos o mortis causa*, un usufructo se encuentren bienes de utilidad simple; pero cuando se transmite *inter vivos* la propiedad de una o varias cosas de utilidad sim-

(101) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., II, pág. 569.

(102) MANRESA: Ob. cit., págs. 418 y sigs.

(103) Con relación al negocio fiduciario, en el que también se da una transmisión de propiedad frente a la obligación de restituir, la proximidad falla, según NICOLÓ y GIORGIANNI, porque no se encuentra en el cuasi-usufructo aquella *causa fiduciae* en la cual está el elemento típico del negocio fiduciario, al mismo tiempo que su justificación. Toda posible analogía entre cuasi-usufructo, según la tesis clásica, y negocio fiduciario desaparece si se considera que la *causa fiduciae* importa la obligación de restituir el *idem* y no el *tantundem*, como ocurre en la *causa credendi* propia del mutuo (NICOLÓ y GIORGIANNI: Ob. cit. en el *Nuovo Digesto*, XII, II, pág. 782. Cfr. además CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 117 y sigs.).

(104) Sobre el mismo, vid. el estudio ya citado de RENARD y GROSSO: Ob. cit., págs. 237 y sigs., con la bibliografía allí cit.

(105) “Senatus censuit ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit...” (frac. 1, D. 7, 5).

ple, con la obligación de restituirlas, se trataría, indudablemente, de un mutuo (106).

Aun prescindiendo de que ya con relación al Derecho romano se admite por la mayoría de los autores la posible creación *inter vivos* de un *quasi usufructus* independiente, no por eso identificable con el mutuo (107), desde el punto de vista de la teoría clásica del *quasi-usufructo*, se han puesto de relieve de forma suficiente las diferencias que le separan del mutuo (108). Y esas diferencias, a pesar de la aparente semejanza estructural, hacen, a juicio de esa doctrina, que la identificación no sea posible ni siquiera en el caso aducido por NICOLÓ y GIORGIANNI.

Desde nuestro punto de vista, la distinción de las dos figuras es neta, como correspondientes a dos supuestos de hecho completamente distintos. En uno se adquiere la propiedad de las cosas fungibles prestadas, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753). En otro se adquiere únicamente el derecho a servirse de las cosas consumibles ajenas, con el deber, si se hubieran dado estimadas, de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, una vez consumidas, y cuando no se hubiesen estimado se podrá cumplir el deber de restituir entregando igual cantidad de cosas de la misma calidad que las consumidas o bien pagando su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

10. De la construcción del *quasi-usufructo* como derecho real de goce sobre cosa ajena derivan unos efectos, especialmente en caso de pérdida de la cosa y quiebra del *quasi-usufructuario*, de gran interés práctico. Estudiaremos por separado los dos supuestos:

a) La imputación del riesgo por pérdida del objeto, debida a caso fortuito o a fuerza mayor, varía según se construya el *quasi-usufructo*.

Los mismos partidarios de la tesis tradicional reconocen la desven-

(106) NICOLÓ y GIORGIANNI: Ob. cit., pág. 78a.

(107) GLÜCK: *Pandette*, VII, ed. it. de SERAFINI. Milán sin fecha, págs. 378 y sigs.; HANAUSEK: *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht*, 1879, pág. 22; ELVERS: *Die römische servitutenlehre*, págs. 583 y sigs.; RENARD: Ob. cit., págs. 90 y sigs.; BÜRCKEL: Ob. cit., págs. 87 y sigs.; PAMPALONI: Ob. cit., págs. 113 y sig. En contra, GROSSO (ob. cit., págs. 272 y sigs.), que reconoce, sin embargo que en el derecho clásico se habrá podido dar una suma de cosas consumibles haciéndose prestar como contrapartida una *cantio* de restituir el *tantundem*.

(108) Según HANAUSEK (ob. cit., apéndice) derivarían: 1) del título constitutivo, que puede ser diferente para uno y otro caso; 2) de las causas de extinción que no son comunes a ambos; 3) del deber de prestar caución que sólo existe para el *quasi-usufructuario*, y 4) del objeto, ya que a su juicio el *quasi-usufructo* puede recaer sobre cosas consumibles no fungibles y el mutuo sobre cosas fungibles no consumibles (en sentido físico). VENEZIAN (ob. cit., II, pág. 257 nota) añade a estas otras más, por razón de la causa: "al constituirse contractualmente el *quasi-usufructo* se origina una obligación por parte de quien lo constituye, y esta obligación viene a ser correlativa de la de restituir contraída por el *quasi-usufructuario*, por lo que los deberes de este último tienen como causa la expresada obligación del constituyente y no el cumplimiento mismo de la prestación convenida".

taja que para el cuasi-usufructuario resulta del hecho de ser propietario, puesto que siéndolo tiene que soportar en todo caso la pérdida casual de la cosa (*resperit domino*) (109).

Para BARBERO, en cambio, a cuyo juicio el traspaso de la propiedad sobreviene con la mezcla, hay que distinguir según que las cosas perezcan antes o después de ser entregadas al usufructuario.

En el primer caso, si no habían sido individualizadas en el mismo acto constitutivo o posteriormente para proceder a su entrega, puesto que *genus nunquam perire censetur*, el constituyente u obligado a la entrega soporta todo el daño y se verá siempre constreñido a la entrega en usufructo de la misma cantidad (artículo 1.182, *a contrario sensu*). Si estaban ya individualizadas, puesto que el objeto del cuasi-usufructo es una cantidad concreta, con la pérdida del mismo se extingue aquel derecho (artículo 513, núm. 5.º), sufriendo el daño de la pérdida el deudor de la entrega (constituyente o heredero gravado por un legado de usufructo), que es aun propietario, liberándose de su obligación de entregar una cosa determinada (artículo 1.182). Este, conforme a los principios que regulan la responsabilidad, si las cosas perecen por caso fortuito o por fuerza mayor y no estaba constituido en mora por el deber de hacer la entrega, o aun estando en mora puede probar que hubieran perecido igualmente en poder del cuasi-usufructuario, quedará exonerado del resarcimiento de daños y perjuicios al usufructuario. Pero si perecen por su culpa o estando constituido en mora, sin que pueda probar que hubieran perecido del mismo modo cerca del usufructuario, estará obligado al resarcimiento de los daños que éste sufra por la extinción de su derecho (artículos 1.182, 1.183 y 1.128).

Cuando las cosas perecen casualmente después de la entrega, el cuasi-usufructo se extingue por destrucción del objeto (artículo 513, 5.º), sin que surja para el cuasi-usufructuario el deber de entregar otro tanto, porque la obligación de prestar el *tantundem* o el valor sólo nace en el supuesto de consumición; el riesgo de la pérdida lo soportará el nudo-propietario. Si el cuasi-usufructuario hubiera adquirido la propiedad de las cosas por mezcla o confusión con otras de su pertenencia, estima BARBERO que no podrá eximirse de la obli-

(109) Vid. supra, págs. 12-13. Según VENEZIAN, para quien el momento del traspaso de la propiedad es normalmente el de la perfección del título constitutivo, si la cosa perezca por caso fortuito antes de ser consignada al cuasi-usufructuario, se pierde en daño de éste, que ha resultado propietario, permaneciendo en pie su obligación de restituir. Y aun cuando excepcionalmente fuera la *traditio* la que transmitiese la propiedad, como el usufructuario puede frecuentemente ser acreedor de cosa cierta, tenga o no la propiedad en el momento en que pida la posesión, debe también soportar la pérdida casual, siempre que el constituyente o el heredero no estén en mora, sin quedar exonerado de la obligación de restituir el equivalente, que es correlativa de la adquisición de su derecho, pero que no depende de su realización. La única excepción a este principio—imputación de los riesgos al cuasi-usufructuario—estaría constituida por el caso en que las cosas objeto del cuasi-usufructo estuvieran determinadas genéricamente, porque entonces el constituyente, según la regla *genus non perit*, soportaría el riesgo de la pérdida casual verificada antes de la consigna (ob. cit., II, pág. 256).

gación de restituir el *tantundem* o de pagar el precio, tanto si las cosas perecen por su culpa como si perecen por caso fortuito o fuerza mayor, porque el daño debe ser soportado por el propietario. Mas si la propiedad no entra en el patrimonio del usufructuario, el riesgo de la pérdida correrá a cuenta del constituyente (*res perit domino*), y por lo mismo el usufructuario no estará obligado a restituir el *tantundem* en virtud de la relación de usufructo, sino que a lo sumo surgirá para él el deber de indemnizar daños y perjuicios si la pérdida sobrevino por su culpa (110).

Estas conclusiones, fruto de aplicar los principios generales sobre imputación de riesgos, nos parecen acertadas, si bien estimamos que el cuasi-usufructuario nunca debe sufrir la pérdida casual de las cosas objeto del usufructo, ni aún después de la mezcla con otras propias, porque por ésta nunca se convierte en propietario de aquéllas, sino que su derecho de disfrute subsiste sobre una cuota parte equivalente del conjunto formal formado (111). Su situación es, por un lado, la de un condueño, y, por otro, la de un usufructuario de parte de una cosa poseída en común. Por tanto, si ésta se pierde totalmente por caso fortuito o por fuerza mayor, cada copropietario tendrá que soportar la pérdida de su parte, sin que el cuasi-usufructuario esté obligado a restituir nada al nudo-propietario; si la pérdida es parcial cada condueño sufrirá el daño en proporción a su cuota respectiva (artículo 393), subsistiendo el cuasi-usufructo en la parte que reste (artículo 514).

b) Una de las consecuencias injustas a que conduce la construcción tradicional es que en el caso de quiebra del cuasi-usufructuario las cosas consumibles dadas en usufructo caen en la masa de la quiebra, en beneficio de los acreedores de aquél y en perjuicio del constituyente, que se ve privado del derecho de separación, a causa del pretendido traspaso de propiedad, y reducido a la condición de un simple acreedor ordinario por el crédito personal a la *restitutio* del *tantundem* o del valor.

Este resultado es totalmente injusto, porque impone una divergencia de tratamiento entre cosas—consumibles y no consumibles—diferentes en cuanto a los efectos del goce ya actuado, pero situadas en el mismo plano cuando, entregadas con la misma intención (*utendi fruenti causa*), existen todavía en el patrimonio del quebrado (112).

Según BARBERO, si el usufructuario quiebra, de igual modo que la propiedad misma de las cosas objeto del usufructo verdadero y propio no va a beneficio de los acreedores porque aquélla no entra a formar parte de su patrimonio, sino únicamente el derecho de usu-

(110) BARBERO: *Il quasi usufrutto...* cit., pág. 221.

(111) Vid. supra, págs. 39-40.

(112) Recuérdese que normalmente el cuasi-usufructo no surge de la entrega de un cierto número o cantidad de cosas consumibles para que sean disfrutadas, sino que resulta de existir cosas de esta clase dentro de una unidad patrimonial sobre la que se ha constituido una relación de usufructo (supuesto del artículo 482).

fructo, otro tanto deberá decirse con relación a las cosas consumibles cuando éstas estén en su poder, *aún individualizadas, de suerte que su propiedad no haya pasado todavía al quebrado* (113).

BARBERO reconoce, pues, respecto a las cosas consumibles, el derecho de separación, aunque con limitaciones, de acuerdo con su tesis, según la cual el traspaso de la propiedad no sobreviene en el cuasi-usufructo mientras que las mismas cosas subsistan sin ser mezcladas o confundidas con otras del mismo género propias del cuasi-usufructuario. Como las cosas consumibles son por su misma naturaleza fácilmente desindividualizables, pudiendo, por consiguiente, pasar sin dificultad al dominio de quien las posee por la superveniencia de las circunstancias desindividualizantes, es innegable que en el caso de quiebra del cuasi-usufructuario, dándose aquellas circunstancias, aprovechará a los acreedores la propiedad de las mismas, efectivamente adquirida por el quebrado; el que tiene derecho a la restitución, resultando como resulta un simple acreedor de cantidad como los demás, tendrá forzosamente que soportar la concurrencia de otros sobre dichas cosas (114).

De acuerdo con nuestra tesis, no hay ningún inconveniente en admitir el derecho de separación de las cosas consumibles ajenas dadas en usufructo, precisamente porque subsiste la propiedad de otro, no obstante el derecho de goce del cuasi-usufructuario, que es el único que con justicia puede ser incluido en la masa.

Lo que ya no está tan claro es hasta qué momento puede ejercitarse tal derecho. Lógicamente, parece que ese momento debe ser el de la pérdida de la propiedad: el derecho de separación duraría tanto como la propiedad misma. Por este camino llegaríamos a concluir que puede ejercitarse hasta la consumición, que es el instante en que el dominio del nudo propietario se extingue por pérdida de la individualidad de la cosa. Y en contra de BARBERO, cuyas conclusiones sobre el momento del traspaso no nos parecen acertadas, según dijimos, podría sostenerse que, aun después de verificadas las que él llama circunstancias desindividualizantes, cabe un derecho de separación, porque éste fundamentalmente tiene por base, en el supuesto del usufructo, el hecho de ser incluida una propiedad en el patrimonio del quebrado.

La cuestión exige algún estudio con vistas a nuestro Derecho, porque si el momento de la mezcla o confusión no es, ciertamente, decisivo, como por el contrario cree BARBERO para el traspaso de la propiedad, acaso pueda serlo para el problema que nos ocupa.

El artículo 908 del Código de Comercio dispone que "las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el

(113) Ob. cit. págs. 219 y sigs.

(114) Ob. cit. pág. 220.

reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará substituída aquélla siempre que cumpliere las obligaciones anejas a los mismos". En la amplia dicción del Código saben perfectamente los bienes consumibles dados en usufructo, cuya propiedad no se transmite al usufructuario por un título legal e irrevocable. El mutuo lo es según el artículo 1.753 del Código civil, pero el cuasi-usufructo no, según se desprende, como hemos sostenido, de los artículos 467, 482, 491 y siguientes y 497 del mismo cuerpo legal. Y el artículo 909 del Código de Comercio, en su número 3.º, habla de "los bienes y efectos que el quebrado tuviere en usufructo". No cabe duda de que en ese concepto están las cosas que no se pueden usar sin consumirlas, a que se refiere el artículo 482 del Código civil, las cuales podrán ser reclamadas por su legítimo dueño *siempre que existan en la masa de la quiebra*.

La duda surge en el supuesto de la mezcla con relación al requisito de la *separabilidad* de los bienes. Porque si se estima que respecto a los bienes genéricos o fungibles, confundidos en la masa de la quiebra, no cabe una fácil separación del *idem* (*separatio bonorum non admittitur, ubi impossibile est separari*), se debe concluir que no hay lugar para un *ius separationis*. Pero si se admite que la separabilidad rebasa el concepto de cosas específicas y que no es presupuesto de la acción (*ius separationis*), como lo es en la reivindicatoria, la *identidad* de la cosa, ni fracasa la pretensión frente a las cosas fungibles, no hay inconveniente en conceder al nudo-propietario el derecho de separar aquella cantidad de bienes consumibles que le pertenece *pro indiviso* (115), aunque dichos bienes hayan perdido su identidad por la mezcla con otros de igual género del cuasi-usufructuario (116).

El nudo propietario podría entonces reclamar la separación de la parte que le corresponda en la mezcla, de acuerdo con los artículos 381 y 382 del Código civil, y esto en virtud de su derecho de propiedad *pro indiviso*. En este caso el derecho de separación es un trasunto de la *actio communi dividundo*, lo mismo que en otras hipótesis del usufructo o cuasi-usufructo (cuando los bienes subsisten *idem*) lo es de la reivindicatoria.

En contra de esta solución no cabría invocar el número 8.º del artículo 909 del Código de Comercio—según el cual corresponde el derecho de separación respecto a "los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos, en todo en parte, *interim subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos*"—, porque en este supues-

(115) Sobre la transformación de la propiedad, de acuerdo con las reglas de la mezcla y las desviaciones que éstas introducen en el principio *ex communiōe inseparabili alienatio inducitur*, vid. supra, págs. 39-40.

(116) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder*, en "Revista de Derecho privado", 1946, pág. 627.

to aquel derecho tiene un fundamento bien diferente. Se trata, como dice NÚÑEZ LAGOS (117), de una pretensión de enriquecimiento, sin causa contra la masa de la quiebra, para destruir los efectos de una transferencia del dominio, *legal* (obsérvese que hay una venta perfecta con entrega de la cosa), pero *ilegitima* (es decir, sin causa: falta el pago del precio convenido). Es justo que en este caso se subordine la pretensión a la subsistencia del *idem*, en tanto duran las circunstancias individualizantes, de acuerdo con la regla general en materia de enriquecimiento, según la cual, cuando no se pueda lograr la restitución *in natura*, se verificará en dinero. Entonces el reclamante se convierte en un acreedor ordinario, si excepcionalmente la ley no admite la subrogación real o la restitución del *tantundem*. Pero en nuestro caso, el nudo propietario no pierde su derecho por la mezcla y desindividualización consiguiente, porque no existiendo traspaso legal ni pérdida del dominio el derecho de separación tiene aquí por base la subsistencia de una propiedad ajena que indebidamente se incluye en la masa de la quiebra. La circunstancia de que aquélla subsista *pro indiviso* no debe afectar a su separabilidad.

(117) Ob. cit., págs. 624 y sigs.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La nueva ordenación de solares

JOSE JAVIER LOPEZ JACOISTI

Notario

SUMARIO: 1) *Introducción.*—2) *Sobre el concepto de solar.*—3) *Registro de solares y ámbito del sistema.*—4) *Recursos.*—5) *El llamado derecho de retención.*—6) *Ventas forzosas.*—7) *Expropiaciones.*—8) *Desahucios administrativos.*—9) *Conclusión.*

1) La Ley de 15 de mayo de 1945 y el Reglamento de 23 de mayo de 1947 han elaborado una ordenación de solares en extremo innovadora. Según el preámbulo de la Ley, como finalidad última se persigue resolver el problema de la escasez de viviendas, y mediatamente, combatir la especulación del suelo edificable. Radica su justificación en el interés general, que no se detiene ante conceptos absolutos y arcaicos de la propiedad.

Se busca incrementar la construcción de viviendas a base de realizar plenamente el concepto del solar "como propiedad cuyo destino exclusivo es el de la construcción". Para ello no faltan, a lo largo de ambas disposiciones legales, poderosos alicientes a la iniciativa privada y a la municipal; a la primera, mediante las ventas forzosas, el derecho llamado de retención y la posibilidad de obtener la extinción administrativa del arrendamiento; a la segunda, mediante las expropiaciones.

Con todo, quizá no se deba el problema de la edificación a la falta de iniciativa particular, que en España funciona bien. Quizá se deba más bien a la falta de medios. Las producciones fallan porque faltan primeras materias. Queda patente en el preámbulo de la Ley la preocupación del legislador por la carestía de los materiales, y en este punto bueno será recordar las penurias de carbón sentidas en el extranjero, las recientes disposiciones sobre horas extraordinarias en trabajos de minería y el hecho de que una fábrica de cemento gasta, en peso, casi tanto carbón como cemento que produce. Y lo mismo cabría decir del acero. Al mundo le empiezan a faltar las energías. ¿Será cierto el fatal augurio de la entropía?

Pero, como índice de política jurídica, debe subrayarse más que la victoria del interés general sobre el particular—a través de ventas forzosas y expropiaciones—, la injerencia de lo administrativo en lo jurisdiccional, el voluntario olvido de la distinción clásica entre cuestio-

nes administrativas y de propiedad y la atribución de materias clásicamente civiles a la Administración.

El nuevo sistema de ordenación de solares otorga a las Corporaciones municipales poderes amplios para declarar constitutivamente situaciones de hecho y de derecho en materia privada y para imponerlas a los propietarios ejecutivamente. Prescinde de las bases tradicionales que separaban lo administrativo de lo civil y, sobre todo, borra la distinción entre cuestiones de propiedad tradicionalmente encomendadas a la jurisdicción ordinaria y las administrativas reservadas a las autoridades y tribunales de este orden.

Las atribuciones que la Ley y el Reglamento de Solares conceden a los Alcaldes y a los Ayuntamientos resultan insólitas si se las coteja con los principios que determinan la competencia administrativa.

El párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de lo Contencioso dice expresamente que “se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil...”, y este precepto básico de toda la organización contenciosoadministrativa ha sido olvidado en la nueva legislación de solares, tanto más notoriamente cuanto que se había creado por el Tribunal Supremo una “*communis opinio*” de que las cuestiones que afectaban al derecho de propiedad eran siempre de índole civil (1), como no podía menos de ser por la misma naturaleza de las cosas.

Aquella Ley exige, pues, materia administrativa para que sea competente el Tribunal Contenciosoadministrativo. Por ende, si la jurisdicción contenciosa—que en la actual organización establecida por nuestro derecho positivo es de naturaleza mixta por estar compuestos sus Tribunales de funcionarios de la Administración y de la Judicatura—, es incompetente para entender en cuestiones de propiedad, cuanto

(1) El Tribunal Supremo tiene declarado que *son civiles* y están excluidas del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa: “Las cuestiones que puedan surgir entre propietarios colindantes con motivo del estado ruinoso de lo edificado en las fincas vecinas, aunque el dueño que pretenda obtener la demolición de una obra ruinoso lo pida con el propósito de construir en el solar propio un edificio destinado a escuela u otro objeto que redunde en beneficio de los intereses de un pueblo, por ser evidente que *la relación jurídica entre ambos propietarios no cambia de naturaleza, sea cual fuere el objeto de la obra nueva*” (S. de 10 de abril de 1897). “Las cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública” (S. de 7 de julio de 1891). “Lo relativo al dominio de una finca, aunque el asunto traiga origen de otro gubernativo” (S. de 28 de abril de 1900).

La Ley de Aguas encomienda a la jurisdicción ordinaria las cuestiones civiles y concretamente, en el artículo 254, el conocimiento de las relativas al dominio de las aguas públicas y privadas de su posesión y sevidumbres; y aun al ordenar el artículo 252 que no se admitan interdictos contra las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones en materias de aguas, no impide que pueda emplearse el juicio ordinario.

De otra parte, sabido es que el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil dice que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español.

más lo serán las autoridades de la Administración activa. En cambio, la Ley de Solares atribuye la resolución de las materias que regula a autoridades administrativas "químicamente puras", valga la expresión, y no sólo de la esfera central, alejada de los intereses en conflicto, sino de la local, colocando en primer plano la figura del Alcalde.

Se encomiendan, pues, a la Administración activa cuestiones que afectan al derecho de propiedad. La innovación no ha consistido en términos medios; no han sido atribuidas competencias nuevas a los Tribunales contenciosos, sino a la Administración activa, y dentro de ésta, no a una autoridad superior o intermedia, sino de la periferia: a los Alcaldes.

La Administración invade, en la nueva ordenación de solares, materia más bien propia de la jurisdicción ordinaria. ¿Será éste un primer paso hacia la supresión de la Justicia Municipal, entregándola a los Alcaldes?

La adopción de semejante criterio no es, por sí sola, criticable. Nos limitamos a registrar el hecho, la novedad. De aquellas dos tendencias que, según observa el Profesor Guasp (2), se marcan modernamente en torno a la organización de la Justicia Municipal: de supresión la primera abandonándola a los Alcaldes, y de fortalecimiento la segunda aproximando la Justicia al litigante y exigiendo la máxima preparación a los funcionarios; si la reciente reforma de la Justicia Municipal española constituyó un ensayo de profesionalización total, ¿no será la nueva legislación de solares una desviación hacia la tendencia abolicionista?

Tales consideraciones generales nos ofrece la reciente Ordenación, que someramente pretendemos examinar en este trabajo en sus puntos más salientes. Queda fuera de nuestro propósito el hacer un recorrido exegético de las disposiciones legales o detenernos en pormenores, y únicamente nos referiremos, a grandes rasgos, al solar como concepto legal y a la delimitación reglamentaria de que es objeto, al Registro de Solares, al llamado derecho de retención, a las ventas forzosas y expropiaciones, para aludir, finalmente, al desahucio administrativo como punto de más acusado interés práctico.

2) El preámbulo de la Ley de 15 de mayo de 1945 da el siguiente concepto del solar: "propiedad, cuyo destino exclusivo es el de la construcción".

En verdad hacía ya tiempo que se venía sintiendo la necesidad de fijar el alcance de la palabra "solar". La Dirección General de los Registros y del Notariado hubo de pronunciarse varias veces, más o menos directamente, acerca de esta materia (3), que tan íntimamente estaba ligada con la distinción entre fincas rústicas y urbanas y con el

(2) *La nueva organización de la justicia municipal española, en "Información Jurídica"*, mayo-junio, 1945.

(3) Resoluciones de 31 de agosto de 1863, 23 de noviembre de 1903 y 9 de marzo de 1911.

principio hipotecario de especialidad; el Tribunal Supremo hubo también de abordarlo frecuentemente, sobre todo con ocasión del retracto de colindantes (4).

La legislación del Catastro (5) había calificado como solar toda extensión de terreno edificado o propio para edificación, entendiéndose por tal aquel que por hallarse enclavado dentro del casco de una población, o por ser inmediato a núcleos urbanos o zonas urbanizadas hubiera adquirido un valor notoriamente superior al que le correspondía como terreno de labor.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 vino a aumentar la necesidad de aquel concepto, puesto que expresamente excluía del ámbito de aplicación de sus preceptos a los solares edificables que estuvieran enclavados total o parcialmente dentro de un núcleo urbano y en las zonas y planes de ensanche de las poblaciones.

Nos proporciona hoy la Ley de Solares ocasión de llenar en parte el vacío, suministrándonos la definición que se transcribe. En ella es elemento esencial el destino del inmueble, que ha de ser exclusivamente el de la construcción. Pero aun cuando el dato de la exclusividad imprime carácter a la definición, no hubiera sobrado en ella algún otro criterio (6), como el de la situación, que facilitaría considerablemente su cualificación, ya que la interpretación de aquella exclusividad habrá de realizarse en función de alguna ordenanza o disposición administrativa, toda vez que aun en plena ciudad, cualquier terreno, físicamente, es susceptible de cultivo, o de otro destino distinto de la edificación, sin que ello quiera decir que deje de ser solar.

Alguna mayor determinación aporta a la idea el artículo 3.º del Reglamento, que refiere la susceptibilidad de edificar a las ordenanzas que rijan para aquella zona y al informe técnico que en cada caso se requiere. Parece acertado este punto de vista, puesto que la calificación de un terreno como solar es siempre relativa y ha de hacerse en consideración a un determinado núcleo urbano, bien porque en él radique el terreno en cuestión o por caer dentro de su zona de influencia inmediata; el solar no resulta de especiales cualidades físicas del terreno, sino de una consideración urbana de la tierra como espacio vital técnicamente aprovechable para el crecimiento de la ciudad. Por eso juzgamos acertado referir el concepto a las ordenanzas que rijan en la zona.

Los informes técnicos habrán de referirse, cabalmente, a la susceptibilidad de edificar sobre el terreno en cuestión, y no sería suficiente

(4) Sentencia de 8 de mayo de 1944, considerando sexto y sentencias de 27 de junio de 1900, 12 de marzo de 1902, 8 de julio de 1903, 14 de diciembre de 1905, 8 de febrero de 1907, 23 de febrero de 1926 y 1.º de diciembre de 1927, 12 de junio y 17 de diciembre de 1928.

(5) Artículo 4.º del Real Decreto de 3 de abril de 1925.

(6) ROCA SASTRE, en sus *Instituciones de Derecho hipotecario*, atiende a cuatro criterios para diferenciar las fincas rústicas de las urbanas: situación, construcción, destino y accesoriadad. Tomo I, pág. 658.

para eliminar un terreno del inventario de solares el hecho de que especiales circunstancias técnicas del suelo hagan más costosa la edificación. Ello dará lugar a la desvalorización del solar, pero no será título suficiente para su desaprovechamiento. Son de recordar a este respecto frecuentes pleitos entre propietarios y contratistas sobre dificultades de construcción no previstas, necesidad de ahondar más de lo corriente para encontrar sólidos cimientos, nacimiento de aguas, etc. Para que al terreno se le puedan negar las características de solar será preciso una inutilidad absoluta tratándose de emplazamientos en zonas céntricas, y de menos grado en los extramuros y alrededores, pues estimamos que los elementos "zona" e "informe técnico" que recoge el precepto reglamentario han de interpretarse en tal sentido.

3) Ha querido la nueva Ordenación de Solares realizar todo su contenido a través de un registro público, que denomina "Registro de Solares". Ya el artículo 4.º de la Ley dispuso que los Ayuntamientos quedaban obligados a llevar un registro público de solares a efectos informativos. Pero el registro realmente ha sido obra del Reglamento, que en este punto, como en la mayoría, ha desbordado con mucho las previsiones más amplias que a la vista del texto legal pudieran hacerse.

Los Ayuntamientos habrán de confeccionar, si no lo tuvieren—dice el Reglamento—, un Registro público de solares e inmuebles de edificación forzosa, que deberá quedar concluso en el plazo máximo de veinte meses. No cabe duda que existen en muchos municipios, principalmente a efectos del arbitrio, registros de solares, pero que no son precisamente registros de solares e inmuebles sujetos a edificación forzosa. Se ha de proceder, por tanto, a la organización por los Ayuntamientos de estos registros, y nos parece una gran utopía el que puedan estar concluidos en el plazo que se marca. Ahí tenemos el ejemplo de los Registros de la Propiedad, ya rancios en nuestra vida jurídica, y que, sin embargo, no han conseguido la inmatriculación de la mayoría de los inmuebles, como lo ha reconocido la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944; el caso del Amillaramiento, que después de tantos años no ha logrado una perfecta catalogación de la riqueza inmueble; el del Catastro Parcelario, y, en general, el recuerdo de tantos registros fracasados que suscita no pocos escepticismos de que en tan perentorio plazo pueda darse fin a los Registros de Solares.

En el momento de escribir estas líneas no son muchos los Ayuntamientos que hayan empezado seriamente a llevar a cabo el encargo que se les confiara. No obstante, no puede pasarnos por alto el interés que en su confección han de tener los propios Ayuntamientos, toda vez que en la revisión que va implícita han de aparecer como solares muchos terrenos que actualmente figuran como predios rústicos y que por ensanchamiento de la ciudad han quedado dentro de la zona urbana o en sus inmediaciones. La organización del Registro de Solares producirá,

pues, considerables ventajas de orden fiscal a los municipios, sobre todo en relación con el arbitrio de plusvalía.

Por lo demás, en la organización del Registro de Solares parece haber influido no poco la sistemática del Registro de la Propiedad. Del artículo 9.º del Reglamento de Solares resulta cuáles sean los solares y edificios inscribibles; del 10, el contenido formal de las inscripciones; el 11 regula el procedimiento de acceso al Registro, que puede ser de oficio o a instancia de parte, aclarándose que puede pedir la inscripción el propietario del inmueble, lo que, a no dudarlo, ha de ocurrir con frecuencia, como trámite previo al desahucio administrativo. Las anotaciones de petición de venta forzosa del Registro de Solares podrían compararse a las anotaciones preventivas del Registro de la Propiedad.

La suspensión de la venta forzosa durante el llamado derecho de retención guarda también cierta semejanza con el plazo en que se paraliza la fe pública del Registro de la Propiedad en las inscripciones de inmatriculación. Y los procesos sumarios fundados en los contenidos del registro inmobiliario tienen su paralelismo en los lanzamientos administrativos de los ocupantes del terreno inscrito en el Registro de Solares.

Es de notar el acto administrativo por virtud del cual ingresa la finca en el Registro de solares e inmuebles de edificación forzosa: recibida una petición de inclusión o acordada de oficio, se abre período de notificaciones, anuncios, publicaciones y alegaciones, y luego resuelve la Corporación en la sesión más próxima, declarando ser edificable o no el predio.

La inscripción en el Registro de Solares es de carácter constitutivo, toda vez que tiene valor de calificación definitiva a los efectos de aplicación de la Ley y del Reglamento. Es constitutiva de una cualidad: la de estar sujetos los inmuebles a edificación forzosa. Realmente, si completamos tal consideración reglamentaria con lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley, "todo solar o construcción comprendido en el artículo 1.º estará en venta y podrá adquirirlo quien desee edificar para vivienda en las condiciones que la Ley determina", llegaremos a la conclusión de que los inmuebles de referencia se encuentran en una especialísima situación jurídica, semejante "mutatis mutandis", a la de los bienes sujetos a desamortización.

Tenemos, pues, un acto administrativo con virtualidad suficiente no sólo para calificar el solar como tal, sino para declararlo edificable, e indirectamente—al acordar que está comprendido en la legislación de solares—en situación de venta forzosa a favor de terceros.

No pueden menos de impresionar semejantes poderes otorgados a la Administración sobre la propiedad privada, que se traduce en cambios forzosos de titularidad, en la constitución de un verdadero derecho de opción a la compra en favor del público en general y de cada individuo en particular, e incluso del propio Ayuntamiento—y esto es lo más grave—que declaró constitutivamente la existencia de aquel forzoso poder adquisitivo.

Esa virtualidad de los actos de la Administración sobre la propiedad privada poniéndola en venta, reconociendo derechos a la compra, interviniendo en la formación del precio y declarando constitutivamente situaciones privadas, supone uno de los pasos más decisivos que se han dado en el camino del intervencionismo administrativo.

La situación jurídica creada por tales actos de la Administración debiera hacerse constar, por su gran trascendencia para los inmuebles a que afecta, en el Registro de la Propiedad. El Reglamento de solares se ha preocupado, en el artículo 56, de aclarar la eficacia tabular de las ventas forzosas, pero no ha establecido medio adecuado para pregonar a los terceros la situación de venta o edificación forzosa en que se puedan encontrar los bienes afectos a la ordenación de solares. A tal fin, se debía haber dispuesto la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de tales situaciones, nacidas por el hecho de inscribirse el inmueble en el Registro de Solares.

Se dirá que ese medio de publicidad—la anotación preventiva—no es necesario al tratarse de una limitación derivada de la Ley, cuya publicidad es mayor que la del mismo Registro inmobiliario, pero ocurre que aquellos estados se producen a consecuencia de una decisión municipal que declara edificable el predio, a través de un acto administrativo cuya existencia precisa hacerse constar; no dimanar directamente de la Ley, sino de una voluntad administrativa que aplica preceptos generales—la ordenación de solares—a concretas propiedades privadas.

Caso de sustentarse el criterio de no haber lugar a la anotación preventiva hasta que no se formulen expresamente peticiones de venta forzosa, debiera, al menos, estimarse necesaria una nota marginal de referencia en el Registro de la Propiedad con relación al asiento correspondiente al mismo inmueble en el Registro de Solares.

Es preciso hacer notar que el nuevo Registro no es únicamente de solares en sentido estricto, sino también de inmuebles sujetos a edificación forzosa. El artículo 3.º del Reglamento, al interpretar el 1.º de la Ley, aclara lo que haya de entenderse por edificaciones paralizadas, derruidas y de categoría inferior a las mínimas normales de la vía urbanizada de que se trate, para aplicarles íntegramente el régimen de la Ordenación de Solares.

Es digna de subrayarse esta equiparación del edificio, siquiera sea susceptible de mejoras, al solar, sobre todo porque conduce, como veremos, a la aplicación de los desahucios administrativos contra los inquilinos.

La Ley, en su artículo 9.º, afirma que sólo se considerará edificado un solar cuando las obras que en él existan tengan carácter permanente y no sean de categoría inferior a las mínimas normales de la vía urbanizada de que se trate. Parece excesiva la ficción de no considerar edificio a las construcciones que no lleguen a ese tope (7). Tienen esa

(7) Sobre el concepto del edificio, véase SALOM: *La responsabilidad aquiliana*.

condición, urbanísticamente deficitaria, según el Reglamento, las casas que además de estar en manifiesta desproporción con la altura usual en aquella zona desmerezcan de ella por su estado, condición o clase, las destinadas a fines inadecuados al emplazamiento, las que tengan carácter provisional y las que en un 50 por 100 tuvieren viviendas o comercios notoriamente inferiores al tipo medio de los de su misma calle, considerada por zonas.

La altura de los edificios apenas había tenido consideración jurídica. Se toma ahora en cuenta, indudablemente, por razones de estética, y quizás más todavía como aspiración a que el solar soporte todo el volumen de edificación de que es susceptible. Este volumen suele regularse por las ordenanzas locales y es el comprendido dentro de las líneas de edificación correspondientes a cada lado del solar. Si este volumen, por no haberse alcanzado la altura permitida, no es ocupado por un edificio que, además, desmerezca en condición, clase o estado, de los inmediatos de la misma calle, habrá lugar a la aplicación de la ordenación de solares en todo su contenido. El concepto de "estado" se refiere, sin duda, al de conservación de la cosa. Es realmente seria, por su alcance, la interpretación extensiva del texto legal llevada a cabo en el Reglamento. En los pabellones, casas bajas y edificaciones pequeñas habrá lugar a denunciar como no aprovechado el solar en la proporción señalada por las ordenanzas, con todas sus consecuencias: venta forzosa, desahucio administrativo, etc.

El destino y el carácter provisional también determinan, como queda dicho, la sujeción del inmueble a la ordenación de solares. El primero, de siempre influyente en las calificaciones jurídicas, aparece ampliando en gran manera las medidas del artículo 1.908 del Código civil. Será cuestión de hecho, que habrá de apreciar en su fallo la Corporación Municipal, el ajustamiento del destino al emplazamiento. Cita el Reglamento el caso de los gallineros, serrerías, talleres, garajes, etc., como no adecuados a una vía urbanizada, pero no puede pasar a nadie por alto el hecho de que el destino es mutable en la mayoría de los casos, y tal consideración nos conduce al pensamiento de que también aquí el Reglamento ha ido demasiado lejos al aplicar la Ordenación de Solares íntegramente a todos los supuestos de inadecuación de destino sin distinguir ni ordenar previamente aquella adecuación cuando fuese posible.

Las edificaciones de carácter provisional, en las que hay que incluir las instalaciones temporales, de madera, tinglados, barracones, etc., tampoco son tomadas en consideración para que el terreno deje de ser solar, a efectos legales. Tal declaración, de acuerdo con lo que la doctrina había dicho (8), servirá para emplear contra los arrendatarios

de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas, según el Código civil español, "Anales de la Universidad de Valencia", cuaderno 129.

(8) Véase RUIZ SALAS: *El arrendamiento de solares en la legislación vigente*, "Revista de Derecho Privado", t. XXVII, págs. 292 y sgs. Examina concre-

propietarios de las referidas instalaciones los lanzamientos administrativos ya aludidos.

En cuanto a los edificios que tuvieren viviendas o comercios inferiores notoriamente al tipo medio de los de su misma calle, habrá de tenerse en cuenta, para calificarlos en tal sentido, las condiciones arquitectónicas, de habitabilidad, higiénicas, de ornamentación, destino, etcétera. El nivel comercial de los establecimientos consistirá en un aspecto exterior, naturaleza de los productos comerciales, tono general de la calle, etc.; un establecimiento de carnes o carbón, por ejemplo, no cuadran bien en una zona de comercios artísticos, exposiciones y joyerías de lujo. Incluso habrá de tomarse en consideración el tono social de la clientela. Pero con todo, a pesar de parecer razonable y con buen fundamento, no deja de extrañar el precepto que equipara a solar un edificio de seis pisos a pretexto de que la mayoría de sus viviendas desmerezcan del resto de la calle o porque los comercios que lo ocupen sean de inferior categoría, etc.

La determinación de si el fin de un edificio es adecuado a su emplazamiento, y el apreciar cuál sea la categoría mínima de la zona urbana de que se trate, se facilitará enormemente el día en que se proceda por los Ayuntamientos a distribuir el perímetro urbano en zonas residenciales y verdes, de industria ligera y de industria pesada, como recientemente se ha hecho en algunos planes urbanísticos.

Por edificaciones paralizadas se entienden aquellas que lo estuviesen sin causa justificada. Lo que ocurre es que la justificación es algo sumamente elástico, que conduce a dejar en manos del Ayuntamiento, con facultades discrecionales, la aplicación del nuevo régimen de solares. Fácil será demostrar la carencia de materiales, intervención de artículos, etc. Sin embargo, no podrá estimarse justificada la paralización por falta de medios económicos, según se desprende de la aplicación analógica del artículo 3.º del Reglamento.

Por fincas derruidas entiende la Ordenación 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 eminente, aun cuando se encuentren habitadas. No deja de extrañar esta delimitación cuantitativa de una cualidad técnica. Pero, sobre todo, parece demasiado amplio el límite establecido. No creemos sea preciso exigir la destrucción de la mitad del edificio si antes, como queda dicho, ha bastado una inadecuación del destino con su emplazamiento o un simple desmerecimiento del resto del barrio para aplicar la Ordenación de Solares. Hay falta de lógica en tan dispares criterios. El tope del 50 por 100 es insólito y apenas habrá de darse; mejor hubiera sido adoptar un concepto más amplio y técnico de edificio derruido.

Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de los edificios ruinosos. Sobre ellos la nueva ordenación rebasa y, en algún punto,

tamente el supuesto del arrendamiento de un terreno con autorización de levantar cualquier edificación provisional.

contradice las medidas de seguridad concedidas por el artículo 389 del Código civil. Las rebasa en cuanto que están legitimados activamente para invocar la aplicación de la Ley de Solares no solamente quienes tengan propiedad contigua o inmediata que pueda sufrir con la ruina y los que hayan de transitar por las inmediaciones de lo ruinoso, sino todos los ciudadanos. La contradice al recabar, no las obras urgentes de aseguramiento o la demolición, sino la edificación o, subsidiariamente, la venta forzosa. Pero es más destacable la diversidad de atribuciones concedidas a la Administración por el Código civil y la legislación de solares. Aquél le otorga subsidiariamente el poder de demoler la obra a costa del propietario, mientras que, según la nueva ordenación, puede imponer la venta forzosa si voluntariamente no se edifica. Surgen, pues, para la Administración poderes nuevos que jamás ha conocido. La reedificación, en forma de medidas urgentes, incumbía ordenarla exclusivamente a la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento sumarísimo de adopción de medidas urgentes; ahora, en cambio, se encomienda a la Administración activa en todo su alcance, no sólo de medidas urgentes, sino de reconstrucción total, incluso en forma que no desmerezca de las fincas vecinas.

4) Precisamente esta materia de demolición de obras ruinosas da pie a considerar otra novedad importante de la Ordenación de Solares: la relativa a los recursos. Dice el Reglamento que contra los acuerdos mantenidos por los Ayuntamientos cabrá formular recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, y que contra los acuerdos de este Departamento no se dará recurso alguno. Hasta ahora, y a tenor de la Ley Municipal de 1935, regía el principio—no alterado por la Ley de Bases de Régimen Local de 1945—de autonomía municipal: el recurso de reposición agotaba la vía gubernativa. Y contra la resolución de este recurso procedía el contencioso administrativo. Es decir, que los acuerdos municipales causaban estado.

La nueva ordenación de solares rompe este principio, estableciendo—claro que únicamente en lo referente a su objeto—el recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, con lo que la decisión del Alcalde no causa estado. La autoridad municipal no dice la última palabra, sino que sus declaraciones se hallan subordinadas al superior criterio del Ministro, volviendo al viejo sistema de dependencia gubernativa de los órganos municipales. Pero, aun dentro de esta concepción, cabe advertir una nueva anomalía en la legislación de solares, por cuanto en la línea ascendente de los recursos salta un grado la jerarquía administrativa y se va del Alcalde al Ministro sin pasar por el Gobernador civil, que es la autoridad intermedia.

Pero la mayor extrañeza la suscita la improcedencia, según el Reglamento, de recurso alguno contra la decisión ministerial. Ello supone excluir esta materia del recurso contencioso administrativo, que es el ordinario contra las decisiones ministeriales.

Sin embargo, hay que acoger con reservas la eliminación llevada a

cabo por el Reglamento. Si se tiene en cuenta que el artículo 4.º de la Ley de lo Contencioso, en su apartado 4.º, exige que una Ley expresamente excluya a las respectivas resoluciones ministeriales de la vía contenciosa, y que la Ley de Ordenación de Solares no ha establecido tal exclusión, que únicamente resulta del artículo 6.º del Reglamento, se llegará a la conclusión de que la disposición reglamentaria no tiene virtualidad suficiente, con arreglo a la normal jerarquía normativa, para excluir esta materia del recurso contenciosoadministrativo. En apoyo de la consideración que formulamos, puede citarse la reciente sentencia de 2 de febrero de 1948 que, con ocasión de un recurso contra una Resolución del Instituto de Reforma Agraria, ha declarado la procedencia del contenciosoadministrativo, a pesar de que el Decreto de 24 de noviembre de 1933 niega todo recurso contra los acuerdos de dicho organismo en punto a determinación de prestaciones de origen señorial, por estimar que *un Decreto no puede derogar parcialmente la Ley de lo Contencioso*.

La interpretación excesivamente amplificadora llevada a cabo por el Reglamento suscitará, pues, delicados problemas de jerarquía normativa y dará lugar a la impugnación de numerosos acuerdos de la Administración en materia de solares.

5) En el capítulo tercero del Reglamento se regula el llamado derecho de retención a favor del propietario. La situación de venta forzosa en que se encuentran los inmuebles incluidos en el Registro de Solares se halla paralizada durante dos años en favor de los propietarios para que edifiquen o vendan libremente.

Es notoria la inadecuación del término "derecho de retención" para designar lo que no es más que la suspensión del estado de venta durante dos años en favor del propietario por si cumple el designio legal de edificar, o vende por sí antes de imponérsele la venta forzosa.

No es derecho de retención el que tiene sobre el inmueble su propietario, sino de dominio. No hay derecho de retención más que sobre cosa ajena. No es derecho de retención porque no existen créditos relacionados con la cosa. No constituye retención el respiro concedido por la Ley al propietario.

La situación creada por el mal llamado derecho de retención, más que un estado excepcional de carácter transitorio, constituye el contenido normal de facultades inherentes al dominio, que, según el artículo 348 del Código civil, otorga a su titular el poder de disposición sobre la cosa.

Pues es evidente que por incluirse el inmueble en el Registro de Solares, en cuyo momento han de empezar a contarse los dos años, no sale la finca del dominio de su propietario, y ni aun transcurrido este plazo, puesto que, según el artículo 26 del Reglamento, después del tiempo de retención podrá el propietario, si no ha habido petición de venta forzosa, y para librarse de ésta, acometer la construcción, siempre que la ejecute a ritmo normal tolerable según el informe técnico.

El derecho de retención podrá ejercitarlo, además del dueño, el nudo propietario, el reservista, el heredero instituido, el heredero fiduciario y el censatario, según este orden. No se dice nada sobre la manera en que se produce la salida de la relación del usufructo entre nudo propietario y usufructuario, ni cómo se liquidan sus respectivos derechos. Si la retención se invoca por el nudo propietario, ha de entenderse, o bien que se produce una forma de venta forzosa de su derecho para el usufructuario o, por el contrario, que conserva éste sus derechos (9). Parecidas observaciones se pueden hacer a los restantes titulares del derecho de retención que se enumeran en aquella gradación.

El plazo de dos años para ejercitar el llamado derecho de retención podrá ampliarse por otro más si el Ayuntamiento lo concede en consideración a una justa causa, y aun por un cuarto año si lo estima oportuno el Ministerio de la Gobernación. Así las cosas, tales prórrogas son de potestativa concesión por estos organismos, toda vez que a ellos toca apreciar la justeza de la causa. Siempre lo será la falta de materiales que hubiesen sido reglamentaria y oportunamente solicitados.

Para la obtención de las prórrogas se acompañará la licencia de construcción obtenida dentro de los dos años y el proyecto de obra a realizar. Y así, los propietarios, con la certificación del organismo que intervenga el material de construcción que en aquella coyuntura vaya más escaso, la licencia de obras y un proyecto, podrán prepararse contra cualquier eventualidad de petición de venta forzosa.

Señalan la Ley y el Reglamento una duración especial del derecho de retención, de una parte, para las Corporaciones públicas y empresas industriales, y de otra, para las compañías urbanizadoras. Para las primeras, el plazo será fijado por el Ayuntamiento, oída la Delegación de Industria, con recurso de alzada ante el Ministro. Para las segundas, será el Ministerio de la Gobernación quien, oyendo al Ayuntamiento, señale el tiempo en que tales compañías habrán de realizar las obras de urbanización o desprenderse de los solares en venta voluntaria.

Respecto a empresas industriales, en el acuerdo que adopte el Ayuntamiento habrá de influir en gran manera la indicada clasificación del casco urbano incorporada a los recientes planes urbanísticos: zonas residenciales, verdes, de industria ligera y de industria pesada.

De donde se sigue que los Ayuntamientos, indirectamente, podrán influir en la marcha económica de aquellas empresas, pues se deja a sus facultades discrecionales la fijación de los plazos en que tendrán que realizar las edificaciones o el destino que habrán de dar a sus solares. Alguna mayor facilidad se concede a las compañías urbanizadoras, sin duda siguiendo la política iniciada de protección a estas com-

(9) En el primer caso habría que estar por analogía a lo dispuesto en el artículo 519 del Código civil; en el segundo, nos encontraríamos en el supuesto del artículo 503 del mismo Código.

pañías, a fin de atraer hacia ellas los capitales en beneficio de la construcción (10).

6) Transcurrido el plazo de retención, desaparece la suspensión del estado de venta; desde entonces, cualquiera podrá imponer la venta forzosa al propietario.

Toda petición de venta forzosa supone que el inmueble está inscrito en el Registro de Solares. No se precisa, en cambio, que hayan transcurrido los dos años y sus prórrogas, en su caso, del derecho de retención: tal requisito será necesario para la *actuación* de la venta forzosa, pero no para las peticiones, las cuales quedarán en suspenso hasta la finalización de dicho término.

La petición de venta forzosa se formula ante el Ayuntamiento, y el solicitante asumirá el compromiso de edificar en las condiciones señaladas por la Ley. Este compromiso, en cuya consideración se impone la venta forzosa, actúa, por incumplimiento, como condición resolutoria en forma de "reversión", que podrá ejercitar el antiguo propietario si se compromete a edificar, y, en su defecto, el propio Ayuntamiento.

Esta reversión podrá ejercitarse por todos los titulares, que pueden invocar el derecho de retención, y por el orden que a tal efecto se señala. Ahora bien, se plantea la duda de si podrá pedir la reversión—y nótese que ello implica el compromiso de edificar—quien con anterioridad a la venta forzosa no quiso emplear el de "retención".

Parece que no hay inconveniente para ello, puesto que a la Ley lo que le interesa es lograr la edificación. Por eso el compromiso de edificar en la venta forzosa actúa como condición resolutoria, no sólo en favor del dueño originario, sino de todos los que, antes de aquélla, pudieron haber empleado la "retención". Se produce, por incumplimiento del compromiso de edificar asumido por el comprador forzoso, un renacimiento del derecho de retención con igual orden de preferencia para su ejercicio que originariamente, pero limitado al perentorio plazo de dos meses, a contar del acto administrativo que declare incumplidas las obligaciones del adquirente.

Las solicitudes de venta forzosa se anotarán en un libro especial de demandas y habrán de notificarse a todos los interesados en los bienes a que afecten si su derecho o expectativa consta en el Registro de la Propiedad. No deja de extrañar que se tenga en cuenta este Registro a efectos de notificar la venta forzosa a todos los actuales interesados, y, en cambio, se prescinda de hacer constar en él el estado de venta en que pueden encontrarse los bienes inscritos, lo cual, a los fines de publicidad de esta institución, sería del mayor interés por cuanto afecta a los terceros, destinatarios de la fe registral.

El propietario, a quien se dirija la pretensión de venta forzosa,

(10) Véase R. CANOSA: *El auge de las Compañías Inmobiliarias*, "Revista de Derecho Mercantil". t. I.

podrá pedir que ésta comprenda no sólo la porción de finca solicitada, sino toda ella, si estima que la enajenación parcial motiva desvalorización del resto no vendido, o bien podrá solicitar un incremento en el precio, en compensación de tal perjuicio. Se reconviene, pues, la petición de venta forzosa con una exigencia de compra forzosa o de aumento del precio. Quizá mejor que autorizar sobreprecios, hubiera sido, una vez demostrado aquel desmerecimiento, imponer la disyuntiva de comprar todo o nada; la solución estaría más acorde con el principio del interés común que domina toda la ordenación. Semejante interés se aviene mal con desvalorizaciones de parcelas edificables por aprovechamiento no íntegro, sino parcial, aparte de que a la economía general no le interesan sobreprecios que corren de un patrimonio particular a otro propietario particular, y no interesándole, habiendo disminución de rendimiento edificable, no vale la pena, aun con el aliciente del sobreprecio, de imponer al propietario una venta forzosa.

La fijación del precio se puede realizar por cuatro procedimientos: el que resulte en la valoración municipal de solares incrementado con un 10 por 100 por afección, el que conste de modo fehaciente en la última transmisión anterior a 1.º de enero de 1945, la capitalización al uno o dos por ciento del líquido imponible con el incremento de afección y la tasación pericial contradictoria. El valor de afección resulta en los solares de difícil estimación. En caso de acudir a la tasación, que será lo más frecuente, es la Alcaldía quien resuelve, y es de notar que no hay más recurso que el de reposición y luego el de alzada ante el Ministro.

Si los propietarios están ausentes, o residen fuera del término municipal, o se trata de cotitulares que no se ponen de acuerdo en el precio, serán representados por la Alcaldía, lo cual resulta algo anómalo atendida la decisiva intervención de ésta en el señalamiento de precio. Hay, además, en los artículos 39 y 43 del Reglamento, tratándose de ausentes, una clara privación de las facultades concedidas por la Ley a los organismos representacionales. A no dudarlo, el carácter perentorio de las ventas forzosas entra dentro de los "negocios que no admiten demora sin perjuicio grave", de que habla el artículo 181 del Código civil, y hubiera sido preferible, mejor que conceder la representación al Alcalde, oficial al Juez para que nombrara un defensor judicial o para que indicara quién lo era si ya estaba nombrado, imponiéndose, si se se estimara necesario, plazos perentorios al Juzgado para que tal hiciera. Tratándose de ausencia declarada legalmente, no está claro que se otorgue consideración al representante del ausente.

Fijado el precio se otorgará la escritura pública dentro del plazo de ocho días. Si el comprador o el vendedor no compareciese en tal acto, les sustituirá el Alcalde, y caso de incompatibilidad, el Ministerio fiscal.

En todos estos supuestos preceptúa el Reglamento de Solares que se depositará el precio en poder del Notario, con la obligación de que,

descontando los gastos, lo consigne en la Caja de Depósitos o Sucursal a disposición del transmitente. Mejor hubiera sido que el propio Alcalde o el Ministerio fiscal hicieran tal consignación previamente al otorgamiento, presentando al Notario el oportuno recibo, toda vez que el artículo 216 del Reglamento notarial expresa que la admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante. Y es evidente que para el Notario, por tratarse de regulación procedente de la esfera a que pertenece, ha de prevalecer siempre el Reglamento notarial.

Si sobre la finca existen hipotecas u otras cargas inscritas, ordena el Reglamento de Solares, en sus artículos 41 y 46, que el adquirente podrá optar entre recibir las asumiendo aquellos gravámenes con la correspondiente rebaja en el precio a pagar, o bien comprarla libre de toda carga, que en tal supuesto habrán de ser liquidadas en el acto de la venta. Otorgada ésta, el adquirente podrá solicitar del Registro de la Propiedad la inscripción de la finca a su nombre y la cancelación de las cargas que se hayan extinguido en el otorgamiento según lo dicho. Se concede, pues, a la venta forzosa eficacia liberatoria, a elección del adquirente.

No se precisa, según se infiere en el Reglamento, ninguna consulta a la voluntad de los titulares de los derechos que han de cancelarse al transmitirse la finca libre de toda carga. Asistimos a una cancelación que no precisa el consentimiento del titular inscrito. Realmente, esto no puede extrañarnos en una legislación que no se detiene ante la propiedad privada, pero pugna abiertamente con los principios generales que rigen en materia de cancelaciones.

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige para la cancelación consentimiento del titular, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o que el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación, y, en consecuencia, la doctrina distingue, respectivamente, entre cancelaciones con el consentimiento del titular registral, contra el consentimiento y sin el consentimiento. Y si bien la Ley de Solares dice en el artículo 16 que "... el Reglamento que se publique... determinará... la preferencia o consideración que pueda otorgarse a los titulares de ciertos derechos en las propiedades afectadas", tal precepto resulta notoriamente insuficiente ante la concreta exigencia de que la extinción resulte declarada por la Ley.

Debíase haber concretado algo más la referencia legal. Si el acto o contrato celebrado por el Alcalde o intervenido por él desconoce o perjudica derechos inscritos a favor de terceras personas, pueden originarse abundantes cuestiones, incluso litigios, contra la Corporación municipal, puesto que es procedente demandar a la Administración cuando emplee contra el particular atribuciones reglamentarias, pero no legales. Siendo tanto más necesaria una clara expresión legal de extinción de los derechos inscritos si se tiene en cuenta el alto valor

de los contenidos registrales, y la actual corriente robustecedora del Registro de la Propiedad, que no puede avenirse a supeditar su eficacia a una mera disposición reglamentaria procedente, además, de otro ramo de la Administración.

7) Aun cuando el artículo 2.º de la Ley contrapone las ventas forzosas a las expropiaciones, en rigor unas y otras son variedades del mismo género. Aquéllas se realizan en beneficio directo del particular e indirecto de la utilidad pública. Las segundas en función de una inmediata conveniencia pública. La venta forzosa, en realidad, no es más que una expropiación en favor de un particular. Ambas reciben su vitalidad del artículo 349 del Código civil.

En la ordenación de solares se habla de ventas forzosas y de expropiaciones; aquéllas pueden invocarse por los particulares y excepcionalmente, en los supuestos del derecho de reversión; por los Ayuntamientos. Las expropiaciones corresponden a éstos exclusivamente.

Podrán, pues, los Ayuntamientos expropiar, en primer término, los mismos inmuebles cuya venta forzosa pueden recabar los particulares y, en segundo, los terrenos que precisen para la realización de sus vías, construcciones, zonas verdes y parques y jardines, y, lo que es más interesante, las parcelas inadecuadas para edificar, a fin de reunir las y hacerlas aptas para la construcción.

Se trata de verdaderas expropiaciones, cuya tramitación se llevará a cabo por la legislación general de expropiación forzosa, no habiendo lugar a aplicarse ni los procedimientos de valoración ni las demás disposiciones y trámites de ventas forzosas. Así hay que entender los textos de la Ley y el Reglamento, que se limitan a otorgar estas facultades expropiatorias, que, como es lógico, al no decirse nada, habrán de ejercitarse por los trámites normales de la legislación vigente en la materia.

El plazo de dos años que se concede a los Ayuntamientos para realizar los planes a que responden dichas expropiaciones, parece excesivamente corto. Los Ayuntamientos, generalmente, no cuentan con los medios económicos que serían precisos para adquirir tales cantidades de terreno, pues se precisa depositar en el acto el precio o indemnización. Los dos años guardan analogía con el tiempo concedido a los propietarios para retener los inmuebles antes de entrar en la situación de venta forzosa. En ambos supuestos, el plazo significa un esfuerzo agotador para las economías individuales, pero, sobre todo, para la economía nacional, que, en definitiva, resulta compelida a realizar un volumen de obra muy considerable, no sólo en terrenos edificables, sino en edificios susceptibles de mayor rendimiento.

El artículo 14 de la Ley ofrece al labrador o propietario expropiado, de condición económica modesta, la facultad de pedir que se sustituya la indemnización en metálico que le era debida, por la entrega de otra finca o parcela de análogo rendimiento segregada de los terrenos pertenecientes al Ayuntamiento o adquirida por éste a tal efecto.

El fin que se persigue con tal provisión legal, chocará con innumerables dificultades prácticas y parece poco realizable. Caso de haber de adquirirse por el Ayuntamiento la finca a entregar, huelga en muchos casos la expropiación forzosa. Pues los Municipios no tendrán fincas bastantes para indemnizar a los expropiados y la adquisición de otras les será más gravoso, pues habrán de hacerlo sin los beneficios de la expropiación forzosa. Dispone en este punto el Reglamento que cualquier vecino podrá, contra el acuerdo que fije la valoración de la finca que se entregue como indemnización, interponer recurso, en interés del Municipio, ante el Gobernador civil, quien confirmará lo acordado o propondrá su revocación al Ministerio de la Gobernación. Se da con esto entrada a una verdadera acción popular, de la que ya existían antecedentes en el Estatuto municipal del año 1924.

También resulta del precepto que glosamos la creación de la figura del modesto propietario, cuya elaboración, en cada caso, dependerá de elementos de hecho, a cuyo fin se habrán de tomar en consideración la contribución y demás datos patrimoniales del interesado. Es plausible este trato favorable al económicamente débil, y debía llevarse a los arrendamientos, porque está ya demasiado explotada la protección al arrendatario como parte más débil del contrato. Si en la última época se ha concedido excesiva protección a los inquilinos en el arrendamiento urbano, quizá la consecuencia haya sido detener algo al propietario en su tendencia natural a la construcción.

Como queda dicho, uno de los fines que se persigue en las expropiaciones es convertir, por reunión, terrenos inadecuados en solares aptos para la edificación, que después venderán los propios Ayuntamientos. Con ocasión de tales ventas, concede el Reglamento derecho de tanteo a los expropiados para adquirir los solares que se pongan en venta. No se dice si este tanteo, por inobservancia, se traduce en retracto.

Precisamente es de notar el cuidado especial puesto por el Reglamento en aclarar siempre las preferencias para el ejercicio de los derechos que establece, y, así, para ejecutar la retención, además del propietario, podrán invocarla, por este orden, el nudo propietario, el reservista, el heredero instituido, el heredero fiduciario y el censatario o forero. Para la venta forzosa se escalonan así las preferencias: titulares del derecho de retracto, a no ser que no ejerciten el de retención que pudiesen invocar; el usufructuario, el reservatario, el heredero sustituto, el heredero fideicomisario, el heredero bajo condición suspensiva y el dueño del dominio directo. La resolución de la pugna entre aquellas titularidades exigirá al Ayuntamiento contar con personal técnico capacitado para realizar las calificaciones jurídicas necesarias.

8) Y, finalmente, tócanos examinar la materia propia de los desahucios administrativos. Con ello cerramos el trabajo, volviendo al punto de partida, a la insinuación que formulábamos al principio acer-

ca de la justicia municipal. Precisamente los desahucios, como proceso más frecuente a ventilar en los Juzgados municipales y de su más peculiar competencia, al ser en parte atribuidos en forma de diligencias administrativas a los órganos municipales, son la manifestación más concreta de aquella dirección que creímos vislumbrar favorable a la supresión de la justicia municipal para convertirla en función administrativa encomendada al Alcalde.

Dispone el artículo 2.º de la Ley, glosado en este punto por el 47 del Reglamento, que, una vez autorizadas las obras a realizar, quedarán extinguidos los arrendamientos y demás derechos personales que puedan existir sobre el solar o construcción, mediante el pago, en su caso, de la indemnización determinada por la legislación de alquileres. Se impone destacar el precepto de orden no procesal, sino material, que declara extinguido el arrendamiento. La extinción de este derecho es un efecto que, sometido a la *conditio juris* del pago de la indemnización pertinente, se deriva directamente del acto administrativo que aprueba las obras a realizar. Ahí está la novedad: no en la tramitación, no en una u otra forma de proceso ni en la clase de autoridad que lo impulse, sino en la eficacia de los actos administrativos frente a los derechos privados. Lo demás, lo procesal, es consecuencia de aquella extinción, que no se declara por sentencia, sino por la Ley directamente, sin lugar a interpretaciones. Se puede afirmar perfectamente que el artículo 2.º de la Ley de Solares es el más importante de toda ella; pocas veces en la vida práctica se ha de invocar contra nadie una venta forzosa, pero un procedimiento de eliminación administrativa del arrendamiento sí que ofrece aliciente a más de un propietario. Hasta ahora era desconocido en España el desahucio administrativo. En el extranjero, en cambio, existían ya ejemplos de procesos sumarios de lanzamiento administrativo.

Examinemos la manera de producirse los lanzamientos administrativos.

Autorizadas por la Alcaldía—dice el Reglamento—las obras a realizar con aprobación del proyecto, 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. La extinción se opera, pues, *ministerio legis*, una vez completado el supuesto de hecho: la concesión del permiso, y el pago de la indemnización si procediese. Este efecto legal busca, sobre todo, evitar toda forma de oposición por parte del inquilino al proyecto de edificar. Intrínsecamente, su fundamento es tan perfecto como puede serlo la prórroga forzosa del arrendamiento a favor de los inquilinos, establecida en las leyes especiales del inquilinato. Aun diría que se desnaturaliza menos la primitiva esencia del arrendamiento al ordenar su extinción con motivo del comienzo, prosecución o mejoramiento de la construcción del edificio, que al imponerse su prórroga forzosa.

Quedan legitimados para pedir estos lanzamientos el adquirente en

la compra forzosa, el propietario o titular que ejercite el llamado derecho de retención, y el propio Ayuntamiento expropiante. En este último supuesto, el Ayuntamiento actúa como juez y parte, ya que es él mismo quien invoca y realiza el lanzamiento.

En rigor, no se trata de un proceso porque no hay contención ni puede haberla, puesto que el usuario no puede oponer razón alguna, ni defenderse con alegaciones, ya que las acciones de que pueda creerse asistido se ventilarán por separado. No hay proceso porque no hay una serie de actos encaminados a conocer la voluntad de la Ley, sino a ejecutarla mediante un acto administrativo. Se trata de una simple diligencia administrativa de ejecución.

Como delimitación objetiva de estos lanzamientos, señalaremos que sólo pueden emplearse en relación con los inmuebles comprendidos en la ordenación de solares, es decir, los enumerados en el artículo 3.º del Reglamento y las parcelas y terrenos que pueden expropiar los Ayuntamientos. Y como la calificación definitiva para la aplicación del nuevo sistema resulta de la inscripción en el Registro de Solares, hay que entender ser necesaria esta inscripción para poder utilizar el procedimiento de lanzamiento; y siendo además necesario que conste inscrito en ese Registro el derecho de retención (11), así como toda petición de venta forzosa, la inscripción en el Registro de Solares constituye el punto de partida del procedimiento.

Tanto el propietario o titular que haya invocado el llamado derecho de retención, como el adquirente en venta forzosa, deberán luego satisfacer al arrendatario o usuario, si procediese, la indemnización señalada por la legislación de alquileres. Su cuantía se habrá de fijar de acuerdo con la Ley especial de Arrendamientos Urbanos vigente. Y no habiendo en toda ella una indemnización señalada para un supuesto idéntico, habrá que elegir la regulada en el artículo 114, como más semejante (12). La indemnización, caso de no aceptarse por el inquilino o usuario, se consignará con efectos solutivos. Aparte podrán ventilar los interesados cualquier otra reclamación, pues, una vez extinguido el arrendamiento, si el ocupante no abandona el inmueble, la Alcaldía, a petición del propietario, ordenará el inmediato lanzamiento, que no podrá diferirse por causa alguna.

9) Tal es, a grandes rasgos, el contenido de la nueva ordenación de solares, que hasta el momento apenas ha sido objeto de aplicación, lo cual, sobre todo en punto a ventas forzosas, se explica por la natural repugnancia que inspiran en el comercio ordinario entre particulares.

Además, en algún sentido, las facultades que les han sido conferidas han cogido un poco de nuevas a los Ayuntamientos, que acaso no estuviesen muy preparados para el ejercicio de semejante función se-

(11) Artículo 10 del Reglamento.

(12) Véase en este sentido JANER: *Desahucios administrativos*, en la "Revista de estudios de la vida local", enero-febrero, 1948.

micontenciosa. Existe, por otra parte, el encuentro inevitable de intereses creados en el seno de la Corporación municipal, lo cual ha de hacerse más patente en los pequeños municipios, de poco más de 10.000 habitantes. El tiempo dirá, en definitiva, si se logra intensificar la construcción y reducir el precio de los solares. Conjuntamente habrá que acudir a remediar la carestía de los materiales, pues de lo que se trata es de conseguir viviendas a precios asequibles a las fortunas medias, pues es notoria en algunas ciudades la abundancia actual de pisos caros. En todo caso, repétemos, el plazo de dos años representa un enorme esfuerzo para la economía nacional, que, de cumplirse la Ley, tendría que polarizar sus esfuerzos hacia la construcción de viviendas.

El nuevo sistema crea, al menos en teoría, para el derecho de propiedad, una nueva limitación: el deber de edificar; para las Corporaciones locales, nuevas atribuciones y algunas fuentes de ingresos a base de permisos de obras y arbitrios de solares; para el urbanismo, poderosos resortes de embellecimiento; en la política jurídica, amalgama de lo administrativo en lo civil; y lo que interesa más, en materia de arrendamientos, merced a los procedimientos de lanzamiento administrativo, un punto de apoyo, que puede servir, mediante ulteriores generalizaciones, para acabar con el criterio de perpetuidad que poco a poco va penetrando en ellos. Esto es lo que, en definitiva, queda como sedimento en un análisis jurídico práctico de la nueva legislación de solares.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT

Orientaciones actuales del régimen orgánico judicial en la legislación extranjera

Tal fué el tema del discurso pronunciado el 7 de julio en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por el Ilmo. Sr. D. Isidro de Arcenegui Carmona, Subsecretario de Justicia:

Hace constar su propósito, que es puramente informativo, para poner al alcance de los estudiosos aquellos datos que en relación con el tema acusan la inquietud de nuestra época. La dependencia de la Justicia humana, no sólo de las leyes que aplica, sino también de las cualidades técnicas y morales de los llamados a administrarla, exigen el estudio de las actuales orientaciones en los sistemas orgánicos judiciales que, por lo demás, siguen manteniéndose dentro de los tres tipos: gubernativo, electivo y técnico, si bien en algunos casos aparecen combinados en formas mixtas. Advierte el ilustre disertante cómo mientras en los países anglosajones permanecen, casi invariables sus tradicionales sistemas de organización judicial, en el resto de los países afectados por la última guerra se ha notado una gran influencia de los sistemas gubernativo y electivo; sin embargo, en la Europa occidental y en América se va polarizando cada vez más la tendencia hacia el sistema técnico, que, en definitiva, encierra las mayores garantías de idoneidad e independencia en el procedimiento de elección, tan necesarias para conseguir un eficiente órgano judicial.

Al entrar de lleno en lo que constituye el tema de su discurso, el Sr. Arcenegui empieza su examen por el sistema francés, cuyo desenvolvimiento histórico muestra se ha pasado desde un sistema de oficios públicos hereditarios al sistema actual impuesto por la vigente Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, que manteniendo la doctrina del examen técnico exige un período de prácticas de tres años, susceptible de reducirse a dos. La organización judicial francesa está integrada por el Tribunal de Casación, los de Apelación, Tribunales o Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz; destaca como novedad el hecho de que la Ley de 11 de abril de 1946 permita a la mujer el acceso a las funciones judiciales.

Por lo que hace referencia a Portugal, dice, el vigente Estatuto Judiciario de 23 de febrero de 1944 derogó el anterior de 1928 al modificar el sistema selectivo de los jueces; el sistema para el ingreso es el de oposición en dos ejercicios orales y uno escrito; la selección de los llamados jueces de segunda ins-

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

tancia se realiza mediante un sistema mixto de antigüedad y méritos; por último, el acceso a la Magistratura suprema del país se facilita a los profesores de las Facultades de Derecho y a los Abogados que hayan presidido su respectiva "Ordem", reservando, sin embargo, la mitad de dichas plazas a funcionarios de la carrera judicial. Pone de manifiesto la eficaz labor llevada a cabo por el Ministerio de Justicia portugués en pro de la unidad de jurisdicción.

Al ocuparse de Italia, señala cómo la Constitución de 22 de diciembre de 1947 propende a independizar la Justicia de las demás funciones del Estado; la institución del Jurado es restaurada, regulando también la nueva Constitución las funciones del Ministerio público y la competencia de los Tribunales militares. La orientación, en el terreno doctrinal, coincide con la legislativa en lo que hace referencia a la necesidad de independizar la Magistratura de las otras funciones del Estado, el mantenimiento de las garantías tradicionales en favor de los funcionarios judiciales, el principio de autogobierno y la admisión de la mujer a las tareas de la administración de Justicia son tantos otros extremos en los que se discrepa.

En contraste con el sistema seguido por los restantes países europeos, dice el señor Arcenegui, e incluso los americanos, Inglaterra mantiene su régimen tradicional respecto a la designación de Jueces y Magistrados. Hace el conferenciante un examen del sistema inglés, que puede sintetizarse en los siguientes cuatro grados jerárquicamente dispuestos: 1) Juzgados locales inferiores, 2) Alta Corte de Justicia o Tribunales de Primera Instancia, 3) Corte de Apelación y Especial de Apelación Penal y 4) Cámara de los Lores y Comité Judicial del Consejo Privado del Rey. Es de advertir, dice, la tendencia a profesionalizar la Justicia.

Agrupar el Sr. Arcenegui los países situados tras el telón de acero, que, como nota general, puede decirse ajustan sus constituciones y normas jurídicas al patrón ruso, en el cual los Tribunales zaristas han sido sustituidos por la Justicia popular, suprimiendo el ministerio público y la abogacía profesional. La Ley de Organización Judicial de 1938 inaugura, dice, un sistema inspirado en los principios siguientes: A) Designación electiva de los jueces, B) Participación popular en los Tribunales a través de los asesores letrados, C) Aptitud igual de ambos sexos para el acceso a las funciones judiciales y D) Desarrollo del procedimiento oral en el idioma de la República, región autónoma o territorio donde actúa el Tribunal.

Pasa a examinar la organización judicial en América, fijándose primeramente en los Estados Unidos de América, en donde persiste el sistema de designación de los jueces por el Poder Ejecutivo, para los Tribunales de la Jurisdicción Federal y, por el contrario, el de elección en la de los Estados miembros. Razones históricas han impuesto la subsistencia en los Estados Unidos de dos sistemas judiciales diversos: 1.º El local, integrado por los Tribunales establecidos en cada Estado y que ejercen jurisdicción propia y plena, a menos que hayan delegado parte en la Federación. 2.º El federal, de rango superior, pero de significación excepcional, con jurisdicción limitada a lo que la Constitución y las Leyes comunes expresamente le atribuyen. Sólo en raros supuestos se comunican ambas jurisdicciones, que de modo normal discurren por cauces distintos.

De entre los países sudamericanos destaca a la Argentina, que ha incluido en su llamado "Plan de Gobierno para 1947-1951" las siguientes directrices:

I) Un solo escalafón judicial que abarca desde el Juzgado de Paz a la Suprema Corte. II) Ingreso en la Judicatura a través de pruebas eliminatorias, con ciertas excepciones. III) Separación de especialidades dentro de la carrera. IV) Independización de las carreras judicial y fiscal y del Secretariado, evitando su tradicional fusión.

Méjico presenta la rara circunstancia de apartarse de la orientación de aquellos países que propugnaban la independencia de la Judicatura respecto de las otras funciones del Estado. *Perú*, uno de los países que con más vigor conserva nuestra cultura jurídica, vive, dice, en estos momentos la noble inquietud de reformar, inspirándose en los más altos ideales, la organización de la Magistratura hasta ahora nombrada por el sistema electivo. Cita a continuación los restantes países americanos, cuyas Constituciones y Leyes orgánicas examina: *Bolivia*, *Ecuador*, *Venezuela*, *Nicaragua* y, especialmente, *Guatemala*, cuya Constitución de 11 de marzo de 1945 declara en su artículo 2.º la no subordinación del Poder Judicial a ninguno de los demás estatales, y dedica buen número de artículos a la organización de Tribunales, en la que se integran los de Jurisdicción ordinaria y los denominados privativos.

No se ha sustraído el Oriente Medio a la influencia de las últimas orientaciones, reflejadas en las Constituciones de *Libano* y *Siria*.

En el Extremo Oriente destaca la Constitución del *Japón* de 3 de noviembre de 1946, que se inspira, por lo que a la designación de Jueces y Magistrados se refiere, en el sistema electivo.

Filipinas, en donde se acusan los vestigios de la Organización Judicial Española, proclamada su independencia en 4 de julio de 1946, su organización ha quedado constituida en la siguiente forma: Juzgados de Paz, en los medios rurales, y los Municipales en las ciudades; por los Juzgados de Primera Instancia y los Tribunales de Apelación o Audiencias y la Corte Suprema o Tribunal Supremo.

Concluye su interesante disertación notando cómo frente a estas reacciones y tendencias España ha respetado después de la guerra civil las disposiciones orgánicas anteriores a la misma, sino que aun en las de nueva promulgación se inspira en un sistema técnico de selección que lleva a los cargos a los más capacitados y con las necesarias garantías de inamovilidad e independencia.

La Escuela Judicial

Convocadas por Decreto de 4 de junio de 1948 oposiciones para el ingreso en la Escuela Judicial, viene a situarse en el primer plano de la vida jurídica patria este importante Centro docente, creado por Ley de 26 de mayo de 1944 y reglamentado en 2 de noviembre de 1945.

Tradicionalmente, la judicatura se seleccionaba en España por medio del sistema de oposición que aun siendo el único viable—con todos sus defectos—, no bastaba para cerciorarse de la compleja e integral preparación necesaria al que ha de administrar justicia.

Los fines que con su creación y puesta en marcha se pretenden alcanzar fueron expuestos con claridad meridiana por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, don Raimundo Fernández Cuesta, en recientes declaraciones: "Ha sido preocu-

pación constante de este Ministerio superar la formación de los hombres que se consagren al servicio de la justicia; para ello se requieren Centros especializados, a los que con plena confianza de todos pueda incumbir la tarea de educar el carácter y perfeccionar la nativa capacidad de quienes por vocación se sienten llamados al prócer ejercicio de las funciones de justicia."

Dependiente del Ministerio de Justicia estará incorporada a la Universidad española, y su misión no concluirá con la asistencia a los tres cursos semestrales, sino que, convertido el aspirante en juez, la Escuela mantendrá con éste relaciones durante todo el curso ulterior de su vida profesional.

El ingreso en la Escuela será por oposición entre licenciados en Derecho; se procurará atender a la formación religiosa y moral de los alumnos; las enseñanzas tenderán, por un lado, a especializar la cultura jurídica adquirida en las Universidades, y por otro, al estudio de disciplinas no cursadas en la Facultad de derecho. Concluidos sus estudios, los aspirantes realizarán durante un período mínimo de un año prácticas efectivas adscritos a los Juzgados de Instrucción o Tribunales colegiados, bajo la inmediata inspección del juez titular o del presidente del Tribunal, quien al concluir las prácticas calificarán bajo su responsabilidad, el resultado.

La Escuela tendrá a su frente un Patronato, presidido por el Ministro de Justicia.

Salas de Subastas

De progresivo podemos calificar el Decreto de 18 de junio de 1948, que regula el funcionamiento de las Salas de Subastas, por cuanto recoge necesidades universalmente sentidas, que si bien encontraron eco en las disposiciones de 1896 y 1897, que crearon en distintas poblaciones los llamados "Hoteles de Ventas", y en el Decreto de 13 de abril de 1945, por el que se crean las Salas de Subastas, no regularon debidamente dicha materia.

La nueva reglamentación, como se deduce del preámbulo, persigue dos fines: evitar que se eluda el pago del impuesto (cuando hubiere lugar al mismo) y, éste es el más importante, lograr una mayor publicidad, que redundará en un más justo precio en la adjudicación. En ella, y a través de sus artículos, se establece que funcionarán en las poblaciones que el Ministerio de Justicia estime conveniente, determinando las cosas que podrán ser subastadas y las que no.

Por lo que hace a su funcionamiento, se establecerán las obligaciones de las referidas Salas de Subastas de acuerdo con los especiales fines que se persigan.

Se les prohíbe expresamente anticipar cantidades, como no sean para "gastos notorios" para la conservación de los bienes, y en cuanto a sus empleados, éstos no podrán adquirir por sí o por cuenta de otro las cosas que se les entreguen para su venta en aquéllas.

El cumplimiento de tales preceptos se garantiza mediante una doble inspección atribuida a los Ministerios de Justicia y Hacienda, si bien este último se limita al aspecto fiscal. Cuando haya reclamación, el Decreto prevé dos hipótesis:

a) Reclamación de dominio: suspendido el remate podrán continuar los bienes en depósito en las Salas de Subastas, hasta la resolución.

b) Reclamación de mayor derecho: se realizará la subasta, pero su importe quedará en depósito mientras no se resuelva la tercera.

En ambos casos, la reclamación debe formularse ante la autoridad judicial.

Se determina la intervención de notario, que será designado por reparto entre los de la localidad.

Premio Jerónimo González

El Ilustre Colegio Notarial de Albacete acordó, rindiendo así un homenaje al que fué gran maestro hipotecarista, instituir el premio "Jerónimo González", que, con la dotación de quince mil pesetas anuales, se otorgará al mejor trabajo de Derecho civil, inmobiliario o notarial que se publique cada año.

B) EXTRANJERAS

Trabajos preparatorios para el Congreso Internacional de Derecho Comparado a celebrar en La Haya el año 1950

La "Academie Internationale de Droit comparé", que tiene como principal objeto estatutario "trabajar en el estudio del Derecho comparado sobre una base histórica y la mejora de la legislación de los diversos países—particularmente en materia de Derecho privado—mediante el acercamiento sistemático y la conciliación de las Leyes", convocó a expertos de todos los países en La Haya para redactar los temas a tratar en el Congreso, que ha decidido celebrar en el mismo país en agosto de 1950.

Al llamamiento de la Academia han acudido treinta y un expertos, entre ellos dos profesores españoles y un profesor portugués. Sobre la base de la lista provisional de temas redactados por el profesor Elemér Balogh, secretario perpetuo de la Academia, y después de detenido estudio, se propuso el temario definitivo, que fué aceptado, sin ninguna modificación, por la Academia. Está dividido en cuatro secciones; la primera sobre Historia del Derecho, Derecho eclesiástico, Etnología jurídica, Derecho oriental, Filosofía del Derecho, Estudio y Enseñanza del Derecho; la segunda sobre Derecho civil, Derecho internacional privado, Procedimiento civil; la tercera sobre Derecho comercial, Derechos intelectuales, Legislación industrial; la cuarta, Derecho público, Derecho penal y Derecho internacional público.

En todos los países se constituirán Comités nacionales con la misión de distribuir el trabajo entre sus juristas. La aportación española será probablemente de gran alcance; un Comité, presidido por don José Castán (y ninguna mejor garantía que este nombre), tiene el encargo de designar los peritos que informen sobre los distintos temas, unificar trabajos parciales, recoger iniciativas y estará en relación directa con los órganos directivos de la Academia.

Por ser de importancia general, se reproducen los temas correspondientes a las secciones que interesan, más o menos directamente, a los civilistas.

Filosofía del Derecho:

1. La noción jurídica de la persona humana y los conceptos relativos a los derechos del hombre.
2. La protección asegurada a los derechos del hombre.
3. Los derechos esenciales a la vida económica.
4. Las relaciones entre Derecho y equidad, según las diversas concepciones.
5. El estado actual de la Filosofía y la ciencia del Derecho en los diversos países.

Estudio y enseñanza del Derecho:

1. Comparación de métodos e instituciones en materia de enseñanza, sus méritos y sus defectos.
2. La unificación de métodos de enseñanza. Oportunidad de la creación de una Facultad Internacional de Derecho.
3. Oportunidad de la creación de un Centro internacional encargado de organizar la documentación jurídica
4. El Derecho comparado en función de la unificación del Derecho.
5. El estado actual de la unificación del Derecho en los diferentes países.
6. Límites y métodos de la unificación internacional del Derecho privado.

Derecho civil:

1. Las limitaciones legales al fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria.
2. La ampliación de los derechos del poseedor en la evolución reciente del Derecho inmobiliario.
3. Las prestaciones en moneda devaluada.
4. Garantías contra la evicción y los vicios.
5. La teoría de la imprevisión en los contratos y de la "frustration of contracts" (1).
6. Declaración de ausencias y de muerte.
7. Prescripción "statutes of limitation" (2), decadencia.
8. Las cláusulas penales en los contratos de Derecho privado y su respeto por los Tribunales.
9. Personas o autoridades a las que puede conferirse el cargo de administrar la sucesión y de proceder a la partición; sus derechos y obligaciones.
10. Cesión de contratos.

Derecho internacional privado:

1. La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado.
2. El orden público en Derecho internacional privado.
3. Los conflictos de Leyes en materia de ejecución testamentaria y de administración de sucesiones.

(1) Aproximadamente: imposibilidad de cumplimiento del contrato.
 (2) Aproximadamente: excepción procesal por prescripción.

4. Efectos de las medidas de confiscación, expropiación y requisa dictadas por una autoridad extranjera.
5. Los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad.

Procedimiento civil:

1. Procedimiento sumario de ejecución.
2. El elemento escrito y el elemento oral en el procedimiento civil: evolución en Europa y en América.
3. "Contempt of court" (1) en el procedimiento civil y sus analogías en los demás Derechos.
4. "Specific performance" (2) y sus analogías en los demás Derechos.

Derecho comercial:

1. El seguro de la responsabilidad legal en materia de accidentes de automóviles.
2. Situación del seguro de vida suscrito por el quebrado en beneficio de un tercero.
3. Existencia y oportunidad de las acciones sin valor nominal en las Sociedades anónimas.
4. Los seguros concernientes a las cosas transportadas sucesivamente por vía terrestre, marítima o aérea.
5. Oportunidad de la creación o del mantenimiento de los Tribunales de comercio y relación de esta institución con el desenvolvimiento del Derecho.
6. La noción jurídica del "fonds de commerce" (3) y sus consecuencias.
7. El carácter institucional de la Sociedad de capitales.
8. La institución de los cheques postales.
9. Efectos de los cambios de valor de las monedas sobre los pagos internacionales.

Derechos intelectuales:

1. Los diversos sistemas en materias de concesión y publicidad de patentes de invención.
2. El goce y el ejercicio de los derechos intelectuales pertenecientes a los empleados o funcionarios.
3. El goce y el ejercicio de los derechos intelectuales por las personas jurídicas.
4. Los medios de trabajo y las garantías jurídicas puestas a disposición de los investigadores científicos en las diversas legislaciones.
5. Las diversas soluciones nacionales en vigor respecto a la inalienabilidad del derecho moral del autor sobre su obra literaria o artística.

(1) Desacato al Tribunal; medida coactiva en caso de desobediencia a su mandato ("injunction").

(2) Aproximadamente: ejecución específica.

(3) Establecimiento, empresa, negocio mercantil.

6. La cuestión del dominio público remunerado en materia de explotación de obras literarias y artísticas en la legislación, la doctrina y práctica.

Legislación industrial:

1. La reglamentación jurídica de los acuerdos industriales: "cartels", etc.
2. Reconocimiento, sanciones y limitaciones—tendencias eventuales—del derecho de huelga en los diversos países.
3. Reconocimiento, sanciones y limitaciones—tendencias eventuales—del derecho al trabajo en las diversas legislaciones.

R.

Reforma del Código civil belga

En 9 de marzo de 1948 ha sido presentada a la Cámara belga de Representantes una proposición de Ley tendiente a la reforma del capítulo VI, libro I, título V del Código civil vigente, y de los VII del mismo libro, 1.º del título VI, 1.º del IX y el X del mismo Cuerpo legal, relativos, respectivamente, a los derechos y deberes de los esposos, la disolución del matrimonio en general, el divorcio en particular, la patria potestad y la menor edad, tutela y emancipación.

El artículo 212, de contenido análogo a nuestro 56 C. c., queda adicionado con una frase que les impone procurar el acuerdo en sus decisiones, en bien de la familia. En cambio, el 213, que parece absolutamente idéntico a nuestro 57, queda suprimido y sustituido por la siguiente declaración: "La mujer casada conserva la plena capacidad jurídica". La unidad de domicilio, atribuida a la elección del lugar por el esposo en el 214, se fundará, según la proposición que estudiamos, en el libre acuerdo de ambos cónyuges. Del texto del antiguo 215 se suprime la necesidad de autorización marital para que la mujer pueda comparecer en juicio. Los 216, que excluía la licencia en determinados casos; 217, enumerativo de las facultades de la mujer para disponer; 218 y 219, que instituían la autorización judicial como supletoria de la marital, quedan, en consecuencia, suprimidos. La modificación llevada al 220 excluye la necesidad de venia marital para que la mujer pueda ejercer una profesión comercial o libre sin obligar más que sus bienes propios; los actos ratificados por el esposo obligan también a los bienes comunes. Quedan, así, suprimidos los antiguos artículos 221 y 222, por inoperantes en el nuevo sistema. Por idénticas razones desaparecen los que figuraban en el Código con la denominación de 223 a), 223 d), 224 g) y 226.

El adulterio como causa de divorcio, que en el antiguo 229 sólo era alegable por el marido contra la mujer, podrá ser, en adelante, expuesto por ésta, para fundamentar su demanda contra aquél.

La emancipación por decisión unilateral del padre exigirá, si se reforma el Código de acuerdo con la proposición que exponemos, el acuerdo de ambos cónyuges, con facultad del que consiente para requerir al que niega, ante el juez. El artículo 148 es reformado en el sentido de que basta la autorización de uno de los cónyuges como licencia paterna para el matrimonio de los hijos menores de veintiún años, atribuyendo así a la madre facultades que antes se reservaban exclusivamente al padre.

El antiguo 776 prohibía a la mujer aceptar herencias sin licencia marital, y ahora es sustituido por un precepto que obliga a ambos cónyuges a aceptar siempre a beneficio de inventario cuando aquel acto pueda acarrear obligaciones para los bienes comunes.

En adelante—según el nuevo artículo 905—la mujer no necesitará autorización del marido para donar por actos intervivos sus bienes propios.

De entre los incapaces para contratar, a que alude el actual artículo 1.124, queda excluida la mujer casada. En consecuencia, se la priva de la acción que, para impugnar por falta de capacidad los contratos en que hubiere consentido, le atribuía el 1.125. Y la redacción que se propone para el 1.304 suprime la acción de nulidad contra los actos realizados por la esposa sin consentimiento de su cónyuge.

La necesidad de licencia marital para que la mujer pudiese celebrar contratos de trabajo, incluso marítimo, quedará suprimida también de las Leyes de 10 de marzo de 1900 y 5 de junio de 1928, que la imponían.

Paralelamente se propone la modificación de distintos preceptos del Código penal vigente, fundándose en los cambios que se dicen operados en la estructura de la sociedad moderna. Entendemos que no es esta breve nota informativa lugar adecuado para adentrarse en observaciones sobre el fondo de los problemas aludidos. Limitémonos a observar la filiación socialista de los firmantes de la proposición, sin perjuicio de lo que para una técnica objetiva del Derecho civil pueda ésta entrañar.

A. G. R.

La revisión general del Código civil portugués

Desde hace ya muchos años se venía notando en Portugal la conveniencia de revisar el Código de 1869, insuficiente para satisfacer las modernas necesidades. Se vió que dicho Código presentaba frecuentes dudas de interpretación, regulaba con insuficiencia ciertos institutos e incluso dejaba de ordenar otros que hoy alcanzaron notable desenvolvimiento, contenía numerosas deficiencias terminológicas y estaba presidido por un criterio marcadamente individualista contrario a las exigencias actuales; por otra parte, fué preciso dictar muchas leyes especiales que a veces llegaron a introducir desarmonía con los principios generales del cuerpo legal.

A partir de 1942 se vinieron estudiando algunas reformas parciales que se concretaron en una serie de proyectos, antecedente inmediato de una más profunda labor de conjunto cual es la de reforma, decretada en 4 de septiembre de 1944.

En este mismo año, una Orden del Ministerio de Justicia nombró una Comisión encargada de elaborar un proyecto de revisión general del Código civil lusitano. Está compuesta por seis profesores a quienes compete el estudio de las diferentes materias: Para la parte general DOMINGUES DE ANDRADE, con quien colabora FERRER CORREIA; de familia y cosas se ocupa PIRES DE LIMA; de la teoría general de obligaciones, PAZ SERRA, que es el presidente de la Comisión; GALVAO TELES está encargado de los contratos en especial, y CUNHA, de las sucesiones;

todos ellos vivieron también el Derecho en la práctica, bien en la abogacía o en la magistratura.

La Comisión tomó numerosas resoluciones, en referencia al contenido de la reforma, con el carácter de provisionales, estando sujetas a las modificaciones que en el transcurso de los trabajos se juzguen precisas; pero las adoptadas no agotan el campo de la revisión, pues otras muchas no lo fueron por existir unanimidad sobre ellas o por requerir un estudio minucioso antes de declarar las directrices que deban seguirse. Los redactores piensan elaborar previamente un anteproyecto y someterlo al juicio de los especialistas del país, cuyas observaciones han de tomarse en buena cuenta antes de redactar el proyecto definitivo. Por otro lado, existe un íntimo contacto entre los miembros encargados de la reforma y se celebran frecuentes entrevistas encaminadas a exponer los trabajos efectuados y confrontar los criterios de enfoque de los diferentes problemas.

Decisiones tomadas con referencia a todo el futuro ordenamiento son éstas: Que esté presidido por una *tendencia social* apta para satisfacer las necesidades actuales. Que sea tan completo como se pueda en las materias que constituyen el núcleo fundamental del Derecho civil, empleando, no obstante, en su redacción "cláusulas generales" que permitan darle elasticidad para amoldarlo a las exigencias del porvenir, y regular con simples principios generales ciertas instituciones que por su amplitud y especialidad merecen regirse con leyes especiales. Emplear lenguaje y estilo claro, sobrio y preciso, respetando en lo posible la terminología del Código vigente y procurando la homogeneidad de la terminología legal. Moderar el uso de definiciones, si bien que no se prescriban, dándoles un alcance orientador, no decisivo. También se determinó la sistemática formal que en principio deberá adoptarse.

El Código comenzará con una ley de introducción, siguiendo así un criterio tradicional. Dentro de ella, merece destacarse que la costumbre no figurará entre las fuentes del Derecho, si bien será admitida la llamada "costumbre jurisprudencial".

Seguidamente figurará una parte general. Se pensó que, no obstante las críticas que a ésta se hicieron, existe un fondo común suficientemente apreciable para justificar su inclusión en el Código. Dentro de ella, aparte de su contenido normal, se estudiarán las incapacidades, la ausencia, la prescripción extintiva y posiblemente la teoría de las pruebas y de las excepciones.

En el derecho de cosas se mantendrá la enfiteusis y se introducirá la superficie. La publicidad de la propiedad inmobiliaria será regulada en esta parte con principios generales, dejando el desenvolvimiento minucioso de sus problemas al cuidado de la legislación especial.

El principio del "favo debitoris" subsistirá en el derecho de obligaciones, aunque se integrará con preceptos que, sin perjuicio para los deudores, vendrán a asegurar el cumplimiento legal de las deudas y a fomentar el crédito y la movilización de capitales. Las garantías reales se incluirán en esta parte, siguiendo así un criterio tradicional en la enseñanza y en la ley civil portuguesa que se intenta justificar por la finalidad de dichas garantías. Las donaciones serán reguladas dentro de los contratos, pero su estudio compete al vocal encargado de las sucesiones; también entre los contratos figurará el derecho del trabajo con las necesarias referencias en la responsabilidad civil (accidentes), constando en el ordena-

miento sólo principios de carácter general que serán desenvueltos en leyes especiales.

Dentro del derecho de familia se extenderán los poderes paternos—que están determinados por el interés de los hijos—, pues así se viene a tutelar de modo más eficaz tales intereses; también se concederá más amplia protección a la mujer casada. El régimen económico matrimonial supletorio será el de simple comunidad de adquiridos, más moral que el vigente de comunidad general, pues el matrimonio no es un medio de adquirir bienes, y con mayores ventajas que el de absoluta separación, porque la comunidad de interés de la vida conyugal impone cierta comunidad de bienes.

Respecto a las sucesiones se acordó: No admitir los testamentos ológrafo y nuncupativo, de no encontrar la manera de salvar los inconvenientes que traen consigo. Admitir los fideicomisos hasta el segundo grado. Deferir la sucesión intestada hasta el cuarto grado, ampliándola al sexto si el difunto hubiera manifestado su voluntad en este sentido; cuando por esta forma hereditaria suceda el Estado, deberá aplicar los bienes a las finalidades que presumiblemente serían gratas al "de cuius", teniendo en cuenta también el orden público. Tratar la sucesión necesaria como especie autónoma, tanto frente a la testada como a la intestada; la parte indisponible dejará de ser independiente de que existan más o menos herederos forzosos, pasando a depender del número de éstos. Por último, mantener un criterio restrictivo con referencia a la sucesión contractual.

Estas son las líneas más salientes de la reforma que está efectuándose en el país vecino. De su trascendencia puede el lector juzgar por sí.

En un reciente artículo ("A revisão geral do Código civil", Coimbra, 1946) VAZ SERRA ha justificado los acuerdos tomados; en el próximo número del *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* publicamos un trabajo en torno a dicho artículo, en el que resaltamos el interés que para la reforma española puede tener el conocimiento del proceso revisor portugués.

G. O. P.

La reforma del Código de Napoleón

El Decreto francés de 7 de junio de 1945 autoriza la reforma del Código civil, y una Orden del Ministerio de Justicia de la misma fecha creó a este fin una Comisión y un Secretariado general permanente, encargados de proceder a las tareas revisoras.

Una y otro, tras varias vicisitudes, quedaron así constituidos: Comisión: Presidente, el decano de París JULIOT DE LA MORANDIERE, y miembros de ella los Profesores NIBOYET y MAZEAUD; Consejeros de Estado DELEFINE, OUDINOT y LATOURNERIE; Consejero de la Corte de casación LYON-CAEN, Vicepresidente del Tribunal de Seine ANCEL, Presidente del Consejo Notarial JOUSSELIN y Abogados RATEAU, CHARPENTIER y LAPANOUSE. Secretariado: Secretario general, el Profesor de Rennes HOURIN, y Secretarios el Profesor de Lille BOITARD y los Magistrados VERRIER y MALLET.

En la primera sesión plenaria, presidida por el entonces Ministro de Justicia

TRITGEN, se puso de relieve que habrían de tomarse en cuenta para la reforma las aportaciones de la Jurisprudencia y de la doctrina posteriores al Código reputadas correctas, y las soluciones jurídicas susceptibles de armonizar el Derecho con las necesidades económicas sociales.

En sesiones posteriores decidióse crear cuatro Subcomisiones encargadas de estudiar y presentar a la Comisión las reformas convenientes: 1) en la parte general del Código, 2) en el estatuto de las personas y de la familia, 3) en el régimen de los bienes, 4) en materia de obligaciones.

Parte general.—Acordóse que el nuevo ordenamiento contenga una ley de introducción general en la que se encuentren enunciadas la teoría de la ley y la del acto jurídico.

Personas y familia.—Respecto a la tutela se pretende unificar el derecho francés y el de Alsacia y Lorena; en estos territorios rige una tutela de tipo judicial, opuesta, por tanto, al sistema francés de tutela de familia. Para facilitar la aplicación de éste en Alsacia y Lorena y para evitar las críticas que se le hicieron, se busca simplificar sus reglas y aumentar las garantías para el incapaz: reduciendo el número de miembros del consejo de familia, modificando los preceptos sobre venta de bienes (facultando al juez de paz para que autorice la venta de algunos cuando circunstancias de urgencia así lo pidan) y robusteciendo las medidas de control y de garantía (así exigiendo al juez de paz que proceda directamente a la abertura de las tutelas vacantes, aumentando los poderes y responsabilidad del protutor, imponiendo al tutor la rendición anual de cuentas, etc.).

Limitanse los derechos de los hijos adulterinos e incestuosos a los alimentos, determinados por la medida de sus necesidades.

El régimen de la ausencia será modificado procurando restringir los plazos: Cuando una persona esté ausente desconociéndose su domicilio y paradero, cuando se precise proceder a la administración de sus bienes a pedido de los interesados se declarará la "presunción de ausencia" y el tribunal tomará las providencias necesarias y designará las personas que hayan de administrarlos. A partir de este momento, pasados dos años, si no se tienen noticias del ausente pueden los interesados solicitar del tribunal la "declaración de ausencia", que se concederá después de proceder a los anuncios legales. Diez años después, si la falta de noticias continúa, los interesados pueden pedir que se pronuncie la "declaración judicial de fallecimiento", para lo cual se tomarán en cuenta las circunstancias y la duración de la ausencia.

Podrán adoptar las personas mayores de cuarenta años de ambos sexos, o de más de treinta años si se trata de marido y mujer casados desde hace ocho años o más, y que, no obstante la vida en común, no hubieran tenido hijos. Los adoptantes no pueden tener—al adoptar—hijos o descendientes legítimos y han de ser, al menos, quince años mayores que los adoptados, a no ser que se trate del hijo del esposo, en cuyo caso bastará con diez años más.

Bienes.—Se consideró que no debe extenderse el imperfecto sistema hipotecario francés a Alsacia donde rige con éxito el alemán, ni adoptar este último en Francia, porque llevaría consigo gastos extraordinarios. Por tanto, hasta que se cree un sistema basado en el tipo actual de dominio, debe mantenerse esa diversidad de regímenes. Pero en tanto que no se llega a la deseada unidad, se propone extender a ambos derechos la hipoteca legal, si bien dejará de ser oculta, pues se ha de exigir su inscripción.

Obligaciones.—En referencia a la responsabilidad de los arrendatarios en caso de incendios, se rechaza por injusto el actual criterio (art. 1.733) de tener el arrendatario que demostrar la fuerza mayor para verse exento de responsabilidad, exigiéndosele tan sólo que pruebe la ausencia de culpa.

Estos son los principales acuerdos tomados de que hasta ahora tenemos noticia. En números sucesivos daremos cuenta de las nuevas decisiones de la Comisión que lleguen a nuestro conocimiento.

G. O. P.

Congreso Internacional de Derecho Romano e Historia del Derecho

Se ha celebrado en Verona durante los días 27, 28 y 29 del pasado mes de septiembre, con la asistencia de romanistas, historiadores del Derecho y paleógrafos de todo el mundo. Estos últimos estaban especialmente interesados por la reapertura de la Biblioteca Capitular de Verona, damnificada por la guerra, donde se conserva el famoso palimpsesto de las Instituciones de Gayo, y también por la presentación de unos nuevos fragmentos de las Instituciones de Justiniano, recientemente descubiertos.

Las comunicaciones, como es fácil comprender, fueron principalmente históricas. Desde el punto de vista dogmático, fueron de interés especial las discusiones sostenidas sobre el carácter probatorio o dispositivo del testamento romano. El profesor Arangio Ruiz defendió el carácter dispositivo ya en el mismo testamento civil, frente a las objeciones de Biondi. De la cuestión de la aplicabilidad de la dogmática moderna al estudio del Derecho romano trató no sólo Betti, en su comunicación sobre la *interpretatio prudentium*, sino también Grosso, en la suya sobre "Problemas generales del Derecho a través del Derecho romano". Interesante fué asimismo la comunicación de P. Koschaker sobre la evolución del Derecho romano en materia de consolidación por adquisición, a posteriori, por el enajenante. Como es sabido, este ilustre orientalista y romanista alemán procura en sus trabajos derivar la consideración romanística hacia el Derecho moderno. Su comunicación tuvo una factura muy similar a la de su estudio sobre la enajenación de la cosa legada. Sin duda, que esa doctrina obedece al deseo de restaurar el Derecho romano como cultura común de los juristas europeos, según se revela en la reciente obra del mismo autor: "Europa y el Derecho romano". Es curioso observar que otro romanista, también eminentemente histórico, como Leopoldo Wenger, vuelve a mirar el Derecho romano como Derecho necesariamente vivo según expuso en su comunicación, en el acto de clausura, sobre el estado futuro del Derecho romano, donde se recogieron ideas que Wenger ya había expuesto en su artículo "Naturrecht und römisches Recht" (publicado en la nueva revista de Viena "Wissenschaft und Weltbild", I, 1948, fascículo 2) y en su conferencia de Graz sobre "Römisches Recht als Weltrecht" (publicada en la "Oesterreichs Zeitschrift für seffentliches Recht", I, 3).

En representación de España acudió al Congreso el catedrático de Derecho romano de la Universidad de Santiago, Alvaro d'Ors, con una comunicación titulada "*Re et verbis*". En ella se defiende, entre otras cosas, que la clasificación gayana de contratos reales, verbales, etc., no corresponde al pensamiento de los clásicos, y que la contraposición de *res* y *verba* se refería en ellos, exclusiva-

mente a los dos momentos que integraban el mutuo ordinario, es decir, el *fenus*, la *numeratio* y la *stipulatio*, ya que ese contrato se formalizaba siempre en una *cautio* estipulatoria. Según el autor, el mutuo consistente en una simple entrega, sin formalidad, fué un negocio poco relevante para el Derecho, ya que no solía conducir, en parte por la dificultad de la prueba y sobre todo por su carácter amistoso, a un conflicto procesal. Por lo tanto, decir que el mutuo es un contrato real no sería una manera de hablar propia de los clásicos. A la comunicación siguió una breve discusión con el profesor Brasiello.

En las actas del Congreso se publicarán también otras comunicaciones de estudios que no pudieron asistir; entre ellas una del profesor Beneyto Pérez sobre "Los esquemas jurídicos romanos en las teorizaciones políticas de la Edad Media".

R.

II. DICTAMENES

Legado con cierto plazo de aceptación

DICTAMEN

Un padre lega una industria a sus cuatro hijos y herederos, disponiendo que mientras convenga a su esposa sea administrada por ella y repartidos los beneficios como ganancia de sociedad conyugal. Y concede a sus dos hijos varones el derecho a continuar ellos solos exclusivamente la explotación industrial, indemnizando su valor a los demás, con un plazo de tres meses, a contar del día en que deba darse por terminada la proindivisión, para manifestar definitivamente si aceptan o no.

Fallecido el testador, en cuya testamentaria no se estudió el problema, uno de los varones, quien deja hijos bajo potestad materna, y la esposa de aquél, se pregunta si el legado de los dos varones fué puro o condicional.

Disposición testamentaria a estudiar.—Dice la cláusula sexta del testamento del causante: “En uso de la facultad que le concede el artículo 1.056 del Código civil, dispone que la industria y negocio de fabricación, de ... continúe indivisa mientras viva su esposa, si así conviniere a ésta, bajo la dirección de la misma, pudiendo delegar en sus hijos varones o en alguno de ellos todas o algunas facultades de la dirección y gerencia, y retirarlas, de modo que la intervención de los hijos y herederos del testador quedará limitada a participar de las ganancias que se obtuvieren, y a retirarlas, si así lo prefieren, regulándose dicha participación según los preceptos legales que rigen la liquidación de la sociedad conyugal y por las disposiciones de este testamento... Por la muerte del otorgante y de su esposa cesará la proindivisión de la explotación industrial, y tendrán derecho a seguirla en adelante, por su cuenta, sus hijos varones don A y don B, o cualquiera de ellos, si así conviniese a éstos a base del último inventario.... debiendo abonar en metálico a los demás herederos su parte dentro del término de ... Concede el testador a sus hijos varones, a quienes reconoce el derecho de continuar la explotación industrial, un plazo de tres meses, a contar desde el día en que deba darse por terminada la proindivisión, para que aquéllos manifiesten definitivamente si quieren continuar por su cuenta dicha industria o no; en caso afirmativo se procederá según las reglas anteriores; en caso negativo se unirá el capital de la industria con el resto de la herencia para ser dividido por partes iguales entre sus hijos y herederos...”

Y en la cláusula novena se insiste sobre este derecho al decir: “Instituye herederos a sus cinco hijos... y en defecto de cualquiera de ellos a sus descendientes en su representación, y quiere que una vez cumplidos... el remanente líquido de la herencia se divida por partes iguales entre sus cinco hijos y herederos, con

sujeción a las siguientes reglas: A) Se reconoce a los hijos varones del otorgante el derecho que les concede en la cláusula sexta respecto a la explotación industrial, si bien esta facultad no excluye a los hijos varones del testador de tener participación igual que los demás en los otros bienes de la herencia de éste, quedando obligados, en caso de quedarse con la referida industria, a abonar en metálico el exceso que a cada varón le resultare sobre la quinta parte del remanente líquido...”

Explicación de ello.—En lo anterior se dispuso, por lo tanto, una prohibición de dividir el negocio industrial durante la vida de la viuda, salvo deseo de ésta; una orden de que la gerencia fuera de la viuda y las ganancias para todos, “regulándose dicha participación según los preceptos legales que rigen la liquidación de la sociedad conyugal y por las disposiciones de este testamento”; una disposición del pleno dominio en favor de todos los hijos o sus descendientes, en su defecto, para cuando se cesara en la proindivisión, y la concesión a sus hijos varones del derecho de continuar ellos solos el negocio al cesarse en la proindivisión, abonando a los demás su parte en dinero.

Su realización posible.—Al formalizarse la testamentaria del causante quizás lo más técnico hubiera sido conceder en nuda propiedad la industria a los cuatro herederos—ya había muerto, sin descendientes, una hija—, y el usufructo a la viuda por una mitad y a los cuatro herederos por la otra; pero limitando este usufructo con la atribución de la gerencia vitalicia a la viuda, y aquella nuda propiedad con el derecho de los dos varones a quedarse con el dominio al cesarse en la proindivisión, con la aclaración de poder manifestar su aceptación en todo momento hasta tres meses después de terminada; y, finalmente, hace constar el carácter de indivisible de todo, por imperativo de la voluntad del testador, aunque con el alcance ello, naturalmente, del artículo 1.051 del Código civil.

Lo que se hizo en la testamentaria del causante.—No se hizo así porque ciertas razones aconsejaron al contador-partidor testamentario proceder de otro modo. Y se le dió efectividad adjudicando el usufructo vitalicio exclusivamente a la viuda, y ello “con las facultades—se dijo—que se expresan en la cláusula décima...”, las cuales eran las de dirección y gerencia, etc.; y la nuda propiedad fué adjudicada a los cuatro hijos, aunque supeditando esto último “a la facultad de opción—se dijo—que, según antes se expresa, concede el causante a sus hijos varones don A y don B, o de cualquiera de ellos, de quedarse con el capital de la industria, con la obligación de abonar a los demás coherederos su parte en metálico en el plazo y con el interés que se fijan en la cláusula sexta del testamento, a base del resultado del inventario formado, etc...”

Calificación jurídica actual de la disposición enunciada al principio.—Nos encontramos ante una titularidad de nuda propiedad del negocio industrial a favor de los cuatro hijos del causante: así, y aún más que eso, se dispuso en el testamento, y así se consignó y se adjudicó en la partición de la herencia. Esta nuda propiedad, dado que la usufructuaria acaba de fallecer, debería ahora consolidarse normalmente con el usufructo. Pero existe una disposición testamentaria en virtud de la cual determinadas personas tienen atribuido el derecho a quedarse ellas solas con el negocio, previo abono a los demás interesados de su parte en metálico. Esta disposición, este derecho atribuido a ciertas personas, puede ser enunciado empleando las mismas palabras del testador: “El derecho a seguirla—la explotación, se entiende—por su cuenta sus dos hijos varones don A y don B, o

cualquiera de ellos, si así conviniere a éstos, a base del último inventario..." (aquí unas reglas que no interesan a este caso), siendo el inciso anterior: "Por muerte del otorgante y de su esposa cesará la proindivisión de la explotación industrial y tendrán derecho a seguirla..., etc."

¿Qué es esta disposición? En mi opinión, un legado de cosa cierta con obligación de indemnizar su valor a otros según cierta norma, puro; con plazo máximo de aceptación y pendiente de ella.

a) Lo de que es un *legado de cosa cierta* no necesita explicación; el objeto del legado es el pleno dominio del negocio industrial, y a ello se alude en el testamento y después se explica en la testamentaria con toda claridad.

b) Lo de la *obligación de indemnizar su valor a otros según cierta norma* es algo que se desprende claramente del testamento y se expresó en la testamentaria. Por cierto, que se habla solamente de "el último inventario", más ciertas adiciones; pero, indudablemente, que el pensamiento del testador es que ese inventario, que ha de determinar el valor del negocio y fijar la cantidad a pagar a sus restantes hijos, no es, en lo privado, el inventario oficial, sino el oculto y real que tal vez se haya hecho o pueda hacerse. En efecto, es absurdo creer que el pensamiento del testador fué que si una maquinaria vale como cincuenta, pero por conveniencias aparece valorada oficialmente en diez o en doscientas, sean estas diez o estas doscientas las que fijen la indemnización o abono a los demás. Dijo lo que dijo porque oficialmente los inventarios que se realizan son verdaderos; pero bien claro se ve que su pensamiento fué igualar en un todo a sus hijos, salvo ese derecho a continuar el negocio que concedió a los varones. Y si hubiera dicho que "se tendría en cuenta su valor según tasación pericial", ello hubiera acarreado dificultades al ponerse de relieve cuál era el verdadero valor.

c) Lo de legado *puro* y con *plazo máximo de aceptación* requiere razonamiento más detenido:

Legado puro es el normal y corriente, el no sujeto a condición alguna. En él es indispensable para su eficacia que el legatario sobreviva al testador; si no es así, sólo si existe cláusula de sustitución por ejemplo, "lego a fulano o a sus descendientes legítimos, en su lugar", puede ser eficaz en caso de premoriencia del legatario. Lo que ya es indiferente es que una vez muerto el testador, muera a su vez el legatario sin haber llegado a aceptar: en tal caso, su derecho pasa a sus herederos, quienes pueden aceptar. Esta es la doctrina del Código civil, que dice en su artículo 881: "El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos"; y en el 889 párrafo segundo: "Si muriese—el legatario—antes de aceptar el legado, dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado." Por lo tanto, como en nuestro caso los dos legatarios sobrevivieron al testador, si el legado es un legado puro ha quedado cumplido este importante requisito y el legado será eficaz.

Pero, ¿es realmente un legado puro? Legado condicional es aquel dependiente de una condición; en ellos no sólo es necesario para su eficacia la supervivencia del legatario respecto del testador, sino también que el legatario viva al momento de cumplirse la condición. (No me ocupo de los legados que pueden quedar sin efecto al darse cierto hecho, como lo dejado en el testamento comentado por el causante, no por legítima estricta, si el interesado entra en un convento, en el cual caso se pierde la nuda propiedad de ello, porque no es nuestro caso,

desde luego). Y en el caso que estamos considerando parece surgir la objeción "Pero el legatario debía elegir entonces, al cesarse en la proindivisión, y como ha muerto no puede elegir." Objeción que más técnicamente, puede formularse así: "Este legado está sujeto a la condición de que el favorecido acepte al cesarse en la proindivisión; es así que ya ha muerto, y, por lo tanto, no puede hacerse esa aceptación expresada; luego el legado ha quedado ineficaz."

A esto se debe contestar: en ningún lugar del testamento se dice que los favorecidos deban elegir "entonces", o sea al cesarse en la proindivisión. Esto no se exige. Es, sí, lo más lógico, ya que entonces es cuando podrán apreciar mejor si el negocio les conviene o si, por el contrario, por tener todos sus hijos religiosos o estar ruinoso el negocio o por lo que fuere, no les conviene. Pero una cosa es que *lo más lógico sea elegir entonces*, y otra muy diferente que *sólo entonces se pueda elegir*. El testador, en su cláusula sexta, dice tres cosas: 1.ª, "por muerte del otorgante y de su esposa" (hecho); 2.ª, "cesará la proindivisión de la explotación industrial" (primer efecto); 3.ª, "y tendrán derecho a continuarla por su cuenta sus hijos varones don A y don B o cualquiera de ellos, si así convinieren a éstos" (segundo efecto, dependiente de la voluntad de los favorecidos). Del momento de elegir, nada, salvo un tope de tres meses tras la cesación de la indivisión, pasado el cual ya no se puede elegir: "Concede—dice en otro lugar, unas líneas después, del testamento—a sus hijos varones, a quienes reconoce el derecho de continuar la explotación industrial, un plazo de tres meses a contar desde el día en que deba darse por terminada la proindivisión, para que aquéllos manifiesten definitivamente si quieren continuar por su cuenta dicha industria o no..." Aquí hay un plazo, pero ¿para qué?: para que "manifiesten definitivamente si quieren continuar... o no". Algo así como si presumiendo que hasta ese momento no habrán habido aceptaciones concluyentes y en escritura pública, se decidan a manifestar si aceptan o no. Es más, la letra misma del testamento corrobora esta interpretación, pues si no ¿por qué dicen "para que aquéllos manifiesten definitivamente"? Esa palabra "definitivamente" denota que no es entonces sólo cuando pueden aceptar, que pudo haber sido antes; pero que de todos modos en esos tres meses se termina el plazo para ello. Y por más que se busque en el testamento, no se encuentra nada en el sentido de *exigir que se acepte después de cesarse en la proindivisión*, o en el de *prohibir que se acepte antes*: sólo lo ya dicho, que en buena lógica no permite entender que sea entonces y sólo entonces y no antes de ninguna manera cuando se pueda aceptar. sino todo lo contrario, como acabamos de expresar. Tanto es así, que hubiera sido perfectamente factible el otorgamiento durante la indivisión de una escritura de aceptación definitiva del legado; lo que no es en cambio, posible en esa declaración después de los tres meses aludidos.

A lo dicho se puede añadir una consideración de índole moral referente al posible pensamiento del testador, a saber: Que el ambiente que rodea a la disposición es favorecer a los varones, que son los que han de perpetuar el apellido, para que si les conviene sean ellos los únicos titulares del negocio; y esta idea no resultaría completa si estuviera supeditada a lo fortuito de vivir más años que su madre, quien podría haber alcanzado edad muy avanzada, noventa o noventa y cinco años, y, con otra interpretación, nunca hubiera podido ser aceptado por tener que esperarse siempre a su fallecimiento.

Por todo lo cual, decididamente opino que no es un legado condicionado a la supervivencia de los legatarios respecto a la viuda.

d) Lo de *pendiente de aceptación* se desprende de la constancia de escritura en la que se acepta, y no haber transcurrido tres meses desde el fallecimiento de la viuda, dado lo ya expuesto sobre los artículos 881 y 889, párrafo segundo, del Código civil. En nuestro caso, don B puede aceptar por sí; y en representación de los herederos de su difunto hermano don A, que son sus hijos, la madre de éstos, a quien corresponde la patria potestad, y sin que necesite licencia ni autorización ninguna para verificar esa aceptación.

Esto es todo. No debe extrañar que un examen menos detenido haga pensar en una sustitución fideicomisaria: el juego de ella, en cuanto que el dominio—los bienes—es de uno primero y de otro después, prácticamente es el mismo o casi el mismo; sus efectos, en cuanto al momento de ser adquiridos los derechos y su posible transmisión, idénticos; y el problema de si es o no condicional, el mismo (hay algunas diferencias en todo ello, menos en lo de la condición, pero son matices que aquí no interesan). Como también es más exacto que hablar de un derecho de opción, lo que es empleado en materia de contratos, el considerarlo *legado*.

Esta es la opinión del letrado que suscribe, que somete a otra mejor fundamentada.

Pedro SOLS GARCÍA
Notario.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

1. Arrendamientos urbanos: Novación legal de la renta pactada por su disconformidad con la que sirve de base para la tributación (art. 133).

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1947¹

A) Posibilidad de oponerla en el juicio de desahucio por falta de pago.—
B) Alcance de la mera consignación de la renta pertinente con arreglo a aquel precepto, en cuanto a la desestimación de la demanda.—C) Retroactividad débil de aquella norma.—D) Carencia de un plazo preclusivo para el ejercicio de la facultad contenida en aquella disposición.—E) Tiempo en que el arrendador ha de hacer la declaración a la Hacienda: a) Valor de la rectificación de la base tributaria hecha fuera del plazo establecido en las leyes fiscales y con posterioridad al ejercicio por el arrendatario de su facultad de novar la renta; b) Trascendencia de la rectificación practicada fuera de plazo, pero antes de que el locatario utilice la facultad aludida.—F) Independencia de las normas contenidas en los artículos 133 y 120—tipos de renta y relaciones entre los mismos—. G) Costas: consignación de la renta debida una vez iniciado el juicio.

ANTECEDENTES.—El arrendador, don J. Brunet, promovió demanda de desahucio fundada en la falta de pago de la renta convenida, a cuya pretensión se opuso el arrendatario, don M. Anabitarte, aduciendo que el precio pactado no le obligaba, por cuanto debía entenderse novado por ministerio del precepto del artículo 133, ya que la merced declarada a la Hacienda era inferior a la que venía satisfaciendo, límites a los que él reducía el pago y conforme a los cuales consignó en aquel momento las mensualidades adeudadas. Frente a esta tesis, el actor sostuvo que la cuestión planteada excedía del ámbito del juicio de desahucio; que la consignación, por no alcanzar a cubrir la suma debida conforme a los términos del contrato, era inoperante y no podía impedir la estimación de la demanda; añadiendo asimismo que la renta estaba convalidada en virtud de la norma del artículo 120, y suscitando otras cuestiones cuya formulación se desprende de los razonamientos legales que se exponen a continuación:

CONSIDERANDO que es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que la estructura sumaria y finalidad específica del juicio de desahucio no convienen al

1. Esta sentencia y las dos que siguen se deben a la amabilidad de D. Vicente Marín Ruiz, Juez municipal del Juzgado número 1 de San Sebastián, quien nos las ha facilitado.

debate y decisión de cuestiones ajenas a las que expresamente le están asignadas, o que, por su complejidad o ambigüedad, exceden de sus estrechos límites procesales y requieren la más amplia discusión de un juicio declarativo; doctrina que es aplicable tanto al actor como al demandado, ya que, "ni para estimar ni para rechazar" la pretensión inicial del proceso de desahucio cabe apreciar tales problemas—sentencia de 12 de agosto de 1930—: se prohíbe al demandante "plantear en el juicio cuestiones previas cuya favorable resolución sea imprescindible para que pueda ejercitarse" tal acción y no es permitido al demandado "tratar de impedir el recto y normal ejercicio de esa acción, suscitando cuestiones que le involucren, extrañas a los hechos en que se funde la demanda y a la pertinencia de los preceptos legales invocados en la misma"—sentencia de 23 de noviembre de 1946—.

CONSIDERANDO que, "sin contrariar por ello la doctrina excluyente indicada, básica de su generalidad para el juicio aludido por ser consustancial con su índole procesal especialísima", el Tribunal Supremo ha declarado la posibilidad de que "en algunos casos y supuestos pueda adquirir una mayor flexibilidad que permita la proposición y discusión dentro del mismo de cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca, o del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente relacionadas con el arrendamiento de que se trate que afecte a los derechos y obligaciones del mismo derivados"—sentencia de 20 de mayo de 1946—; y, en aplicación concreta de este criterio excepcional, ha establecido reiteradamente la posibilidad de analizar en el repetido proceso—aun en su modalidad técnicamente más "sumaria": el amparado en el impago de la renta—cuestiones íntimamente relacionadas con la obligación de satisfacer tal precio y, específicamente, la existencia de una novación del contrato, en cuyo evento y respecto a tales medios de defensa no debe siquiera observarse la norma limitativa del párrafo 2.º del artículo 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento civil—sentencias, entre otras, de 20 de octubre de 1902, 6 de agosto de 1903, 16 de enero de 1907, 17 de mayo de 1940, cuyo criterio acepta el apartado b) del artículo 161 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos—.

CONSIDERANDO que, el impago en que se motive el desahucio por tal causa, ha de ser el del precio "expresamente pactado o fijado como ejecutorio, refiriéndose en el primer caso al del contrato en curso"—sentencia de 20 de mayo de 1946—, mas tal afirmación, no elimina la posibilidad de estimar bastante, a los fines de enervar la acción resolutoria instada en esta litis, la consignación realizada por el demandado, si se acepta en los párrafos ulteriores de esta decisión la procedencia de la aplicación del artículo 133 del Texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la adecuación de la suma consignada con la pertinente con arreglo al precepto referido, por las razones siguientes: a) Que la expresada sentencia, por su carácter de rescisoria o segunda de la de casación o rescindente de la misma fecha, al sustituir la de instancia atiende a la resolución del caso concreto a que se refiere más que a ser rectora de la interpretación del derecho, por lo que no estima suficiente la consignación parciaria al apreciar, en la misma sentencia y en aquella que es su antecedente, que no era esta la cantidad debida; b) Además, en la misma resolución jurisprudencial que es objeto de examen puede apoyarse el criterio sustentado en ésta, toda vez que destaca, precisamente como decisivo, *el contrato en curso*, que en el supuesto que decide es el resultante de

una *novación*, como expresamente declara la sentencia primera, que *analiza tal modificación* de la obligación original; c) Asimismo, la sentencia de 16 de diciembre de 1935, en un caso de desahucio por falta de pago, en que el demandado no consignó cantidad alguna, establece que, la consignación por "el demandado de la cantidad representativa del precio que *según él* venía constreñido a pagar, en virtud de haberse *novado* el contrato", era requisito incumplido e ineludible para que el Tribunal "pudiese entrar a *dilucidar si tal novación existía* con virtualidad bastante para enervar la acción entablada"; d) Por otra parte, no se trata de señalar la renta legal o tasada del contrato, que requeriría que en fallo revisorio fuese "fijado como ejecutorio" el precio "que correspondiese pagar conforme a los preceptos legales determinantes de su tasa"—sentencia repetida—, ya que se aduce una *novación*, operada "opelegis" sobre base absolutamente cierta y con pruebas preconstituídas, de más fácil comprobación que la llevada a cabo por el concierto de voluntades de las partes, modificación del arrendamiento original que no necesita previa pretensión judicial del beneficiado, sino su mera alegación, como medio de defensa, cuando el arrendador intente desconocerla; porque, de lo contrario, no tendría virtualidad la última previsión del artículo 133 precitado, al estatuir—in fine—que "sin necesidad de acudir a juicio" se entenderá *novado* el contrato, con lo que tal precepto ha de aludir al supuesto de falta de conformidad entre las partes—si la hay nunca surge la contienda judicial ni es necesario relevar de tal controversia a los sujetos de la relación material—, por lo que es preciso entenderle en el sentido de que, desde que se den los supuestos de hecho de la norma expresada, autoriza al inquilino para limitar su pago a la renta que sirve de base de tributación, sin que, al hacerlo, incurra el arrendatario en el incumplimiento de la obligación de satisfacer el precio que puede dar lugar a la acción resolutoria, así como que puede el demandado oponer tal *novación* en el proceso de desahucio instado por falta de pago de la diferencia entre la renta convenida y la *novada*, siempre que consigne el importe de ésta, sin necesidad de que con anterioridad se declare tal hecho a consecuencia, de una acción directa o reconventional—difícilmente admisible en el juicio especial—.

CONSIDERANDO que, de lo expuesto, se infiere la precisión de examinar si se produjo la *novación* aducida por la parte demandada, así como su eficacia para impedir el buen éxito de la pretensión del actor, lo que hace ineludible, antes de indagar si concurren en este caso los hechos integrantes del supuesto a cuya existencia condiciona el precepto del artículo 133 su actuación, fijar el sentido y alcance de esta norma; a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que la finalidad fiscal es la inspiradora de la disposición, que, por ser perseguida en forma indirecta a través de la concesión de derechos subjetivos privados a los arrendatarios, no cabe sea equiparada en su tratamiento a otras de la misma naturaleza y restringir su trascendencia en el orden civil, sin que sea tampoco posible desconocer los precedentes legislativos, especialmente las leyes tributarias de 16 de diciembre de 1940 y 31 de diciembre de 1945, cuyas disposiciones, contenidas en sus artículos 12 y 14, respectivamente, culminan en la que analizamos.

CONSIDERANDO que una exigencia de orden lógico requiere, en primer término, decidir la trascendencia que, para la invocación del artículo 133 en esta litis, pueda tener la norma de irretroactividad establecida en la disposición transitoria 12 del Texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a cuyo efecto es conveniente señalar que, frente a la retroactividad en sentido propio, *fuerte* o de se-

gundo grado, que alcanza y hasta deja sin efecto consecuencias de hechos ya consumados, existe la retroactividad impropia, *débil* o de primer grado—verdadera irretroactividad—que supone el sometimiento a la ley nueva de las relaciones jurídicas ya nacidas al iniciarse su vigencia, pero sólo en cuanto a las consecuencias derivadas de hechos que tengan lugar dentro del plazo de su eficacia; pues bien, el repetido texto recoge ambas formas de retroactividad: aquélla, con carácter general, en su norma intertemporal 1.ª; la otra, en la 12.ª y 13.ª, puesto que el precepto excepcional de estas reglas no es posible entenderlo con carácter absoluto, de total inaplicación del ordenamiento de los capítulos IX, X y XI a los contratos de arrendamientos existentes a la entrada en vigor de la ley, toda vez que, tal interpretación, sobre ser contraria al contenido de estos capítulos, que se preocupan preferentemente de regular negocios jurídicos vigentes en la época en que comenzó a regir, dejaría sin disciplina en sus extremos más esenciales a tales contratos que, por estar sometidos al texto precitado—art. 1.º—, no podrían sujetarse a la legislación común ni tampoco a la especial precedente—disposición 27.ª—; por el contrario, es llano que la actual Ley de Inquilinato, al excluir la retroactividad de los capítulos referidos, sólo trató de eludir su efecto retroactivo fuerte, sin rechazar el débil, a cuya virtud, los preceptos comprendidos en tales capítulos son de aplicación a los contratos ya existentes al entrar en vigor el texto, siempre que, bajo su imperio, concurren los hechos básicos de la actuación de sus mandatos, por lo que el artículo 133 ampara la novación aducida, toda vez que, el desequilibrio entre la renta percibida y la declarada a la Hacienda, presupuesto de la eficiencia de su norma, si bien se inició antes de la entrada en vigor del precepto, *subsistió* cuando ya regía éste; aparte de que, de estimarse que por no haberse satisfecho el mes de abril el arrendatario dejó de abonar la renta convenida antes de que el artículo 133 tuviera fuerza legal, habría que entender que la novación se operó en tal caso a tenor del artículo 14 de la ley de 31 de diciembre de 1945, ya que habría transcurrido el lapso de tiempo en él señalado sin hacer la declaración.

CONSIDERANDO que, asimismo, es inaceptable que el derecho conferido en el segundo párrafo del artículo 133 haya de ejercitarse dentro de un plazo preclusivo, puesto que, al no estatuirlo el precepto, su admisión presuntiva o analógica sería contraria a los principios jurídicos, además de que de su misma redacción y precedentes se deduce que sólo la cesación de la vigencia del arrendamiento es límite para hacer efectiva tal facultad; interpretación que resulta favorable a los intereses protegidos por la norma: los de los inquilinos y los del Fisco; éstos al acuciar constantemente al propietario a formular una declaración sincera.

CONSIDERANDO que es insostenible la tesis de la parte actora de que el arrendador, al publicarse la Ley de Arrendamientos, tenía un plazo de tres meses para hacer la declaración de las rentas; pues el artículo 133, sobre no señalar plazo alguno, remite a los “establecidos en las leyes fiscales”, por lo que es indudable que, por ser precio que se venía cobrando con anterioridad a 1946, habría transcurrido el lapso de tiempo fijado a tal efecto en el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, sin que el propietario lo hubiese aprovechado.

CONSIDERANDO que, esto sentado, es preciso declarar que la rectificación del líquido, hecha por el arrendador en fecha no determinada en los autos, pero

posterior a la preclusión del tiempo hábil de declaración y al ejercicio por el arrendatario de su facultad de limitar el precio, carece de virtualidad alguna para impedir la novación legal, puesto que la tesis contraria conduciría a la ineficacia de la norma, aparte de que, si preciso fuera acudir a antecedentes legales para apoyar tal afirmación, al final del artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1940 así se preceptúa; siquiera la conclusión anterior no deba entenderse en el sentido de privar de transcendencia a la *rectificación de la base tributaria hecha fuera de plazo*, siempre que sea anterior al hecho de la *reducción* del pago por el inquilino, por cuanto esta posibilidad de sanación del defecto se infiere de la redacción del precepto que, al emplear términos de presente—"fueren" y, sobre todo, "figuren"—, así como al autorizar solamente al arrendatario para limitar su pago a las cantidades "declaradas" o que en ese instante "sirvieran de base" a la tributación, sin permitirle retrotraer efecto alguno ni repetir por ninguna cantidad, destaca la precisión de actualidad del desequilibrio entre las rentas declaradas y las percibidas, en el momento en que el locatario utilice la facultad que le otorga la repetida disposición; sistema conforme a la "ratio legis", puesto que el precepto persigue, indirecta, pero fundamentalmente, fines fiscales a los que conviene que, constantemente, el arrendador se vea amenazado por la sanción legal—lo que se logra a través de la ausencia de un plazo de caducidad para el ejercicio del derecho del inquilino—y que, también en cualquier tiempo, antes de que el locatario haga uso de su facultad, pueda el propietario formular una declaración sincera que purifique la defectuosa; ya que, si existiera un término preclusivo para la realización del derecho del inquilino, caducado éste habría salvado el arrendador el riesgo de la novación y no descubriría el fraude fiscal, y, aun no existiendo tal plazo de caducidad, si el arrendador no pudiera, una vez que el plazo fiscal de declaración se hubiese agotado, atender a la rectificación de la base impositiva con eficacia para impedir al inquilino utilizar la facultad que aun no hubiese ejercitado, por no depender ya en absoluto de su conducta el evitar la posibilidad de novación, no tendría el propietario estímulo para formular una declaración sin fraude y no pondría de acuerdo la base contributiva con la realidad: criterio, por otra parte, que no perjudica notablemente al arrendatario, que puede actuar su derecho en tanto no haga el arrendador la rectificación en la Hacienda, máxime si se tiene en cuenta que esta disposición es tuitiva del inquilino únicamente para lograr que, por el impulso de sus intereses privados, se obtenga una imposición más saneada, a través de la sanción civil del arrendador, ya que la tutela directa y otorgada propiamente en atención al arrendatario, en cuanto a precios, es la de la renta legal (art. 118 y siguientes).

CONSIDERANDO que la alegación del actor de que, por venir satisfaciéndose desde varios años antes la renta convenida, no puede ser modificada, por haberse convalidado a virtud de la Ley de 7 de marzo de 1942 y, más tarde, del artículo 120 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, requiere aclarar que ambas normas contemplan y regulan sólo en forma parciaria el problema de la merced arrendaticia, ya que frente a ellas, y anulando sus consecuencias favorables al arrendador, aparecen el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945—trasunto del 12 de la de Reforma Tributaria—y el 133 del texto reiterado, respectivamente; en efecto, para rebatir aquella aseveración, es preciso discriminar tres clases de rentas: la que corresponde abonar con arreglo

al régimen de tasa (artículos 118 a 122 y 126, párrafos primero y cuarto, fundamentalmente), designada por la ley con el apelativo de legal, pero que será preferible denominar *tasada* en las sucesivas disquisiciones, precio establecido en atención de los intereses sociales de una clase: los inquilinos; la que figura como base de tributación, que llamaremos *fiscal*, por cuanto puede ser tanto la declarada como la asignada administrativamente (art. 133), que también acota la libertad del arrendador, mas como sanción a éste y a través del otorgamiento de un beneficio a los inquilinos que posibilite una percepción más efectiva de los impuestos territoriales; finalmente, la convenida o prácticamente abonada, que calificaremos de *real*, que puede o no coincidir con las otras y que, en el caso de exceder a la tasada, se estima ilícita (art. 128); pues bien, la ley establece primero una ecuación: la merced real no puede superar a la tasada (arts 128 y 11, en relación con los ya citados que determinan este precio), para formular otra a continuación: el precio real, e incluso el tasado, que en este punto carece de relevancia, ha de coincidir con la renta fiscal (art. 133), siempre que ésta a su vez no rebase a la tasada (art. 127) y sin perjuicio del supuesto excepcional del artículo 123; exigencias legales cuya articulación independiente y actuación en forma distinta—la primera a través de un juicio llamado revisorio, la segunda mediante la novación legal—hacen factible que se dé aquélla sin concurrir ésta, es decir, que el precio real se acomode al tasado, pero que no sea igual al fiscal por existir ocultación del percibido, sin que nada impida, en tal caso, la entrada en juego del precepto llamado a producir esta última correlación, ya que la ley persigue el concurso de las dos, hasta lograr la siguiente de grado superior: el precio real es igual al tasado y ambos no superan al fiscal, conformidad total que es la única que impide la mutación del precio real, pendiente de alteración, si no, por la no lograda; por lo que resulta obvio el carácter infundado de la afirmación del actor, ya que la Ley de 7 de mayo de 1942 y el artículo 120 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo determinan las que hemos llamado rentas tasadas—si se quiere por reconocimiento legal de un precio real—, mas para nada se refieren al precio fiscal que, en el tiempo de vigencia de la primera, fué reglado por los artículos 12 y 14, respectivamente, de las Leyes de 16 de diciembre de 1940 y 31 de diciembre de 1945 (art. 3.º del Decreto de 21 de mayo de 1943) y en el momento actual por el artículo 133 tantas veces mencionado.

CONSIDERANDO que lo establecido en los precedentes párrafos autoriza a estimar bien hecha la consignación practicada por el inquilino, ya que aparece plenamente acreditado: que éste venía satisfaciendo cantidades superiores a las que servían de base tributaria; que, al limitar su pago, se ajustó cuantitativamente al alquiler que figuraba a efectos contributivos; y que el arrendador rectificó la base fiscal en fecha posterior al ejercicio por el locatario del derecho discutido.

CONSIDERANDO que, el apreciar como suficiente para enervar la acción de desahucio la consignación realizada por el demandado, no es óbice a estimar, a los efectos del apartado c) del artículo 161, que, sin ella, hubiera sido aquélla procedente, ya que la renta puesta a disposición del actor en estos autos no había sido satisfecha; sin que impida la condena en costas del demandado, prevenida en la norma citada, el hecho de que ésta haya justificado que ofreció las rentas antes de la presentación de la demanda, puesto que, para que tal acto fuese bastante a justificar la atribución de los gastos procesales al demandante, a tenor

de lo estatuido en el apartado b) del artículo últimamente citado, era preciso que la consignación hubiese tenido lugar *antes* de la celebración del juicio y no en otro momento ulterior, como ocurre en el presente caso en que se verificó ya iniciado aquél.

Vistas las disposiciones citadas y demás de general aplicación.

FALLO: Que, desestimando la demanda de desahucio del piso ..., formulada por el procurador don M. Olondris, en nombre y representación de don J. Brunet, frente a don M. Anabitarte, debo declarar y declaro no haber lugar a decretar aquél, con expresa imposición de las costas del juicio al demandado.

Así, etc.

2. Arrendamientos urbanos: Resolución del contrato por fallecimiento del inquilino y no concurrir las circunstancias precisas para su prórroga en beneficio de los parientes de aquél.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1947

Ausencia de contradicción en el proceso que conduce de oficio a la repulsión de la demanda: oposición entre el hecho básico de ésta y la forma de determinar en la misma a la otra parte litigante.

ANTECEDENTES.—El arrendador, don M. Mancisidor, solicitó la resolución del contrato de locación por él celebrado con la inquilina doña M. Echepare, amparando su demanda en el hecho de haber fallecido la inquilina y, asimismo, en que nadie podía pretender la prórroga forzosa del arrendamiento, ya que no existían parientes dentro de tercer grado que con ella hubiesen convivido con un año de antelación a su óbito. Su pretensión la dirigió frente a los parientes de tercer grado de la locataria fallecida, que con ella hubiesen convivido con un año de antelación a su muerte.

CONSIDERANDO que, la demanda originaria de la presente litis, "a fortiori" ha de ser desestimada por contener una profunda e insoluble contradicción, cual es afirmar un hecho fundamental y negativo, la *ausencia* de parientes de tercer grado que hayan convivido con la arrendataria durante el año anterior a su fallecimiento, y dirigir su pretensión precisamente frente a personas que se individualizan por el *concurso* de estas circunstancias; en efecto, si se justificare que tales parientes—cualificados en la forma expresada—existen, la petición debería rechazarse, puesto que quedaría demostrado que su hecho básico era incierto; por el contrario, si de la prueba se deduce que la referida afirmación es verdadera, a la vez se *acreditaría la inexistencia de los demandados* y se llegaría a análoga consecuencia por aplicación del principio esencial del proceso civil de la "dualidad de partes", conforme al cual *no puede entenderse válidamente constituido aquél* si no hay dos personas en posiciones procesales contrarias—"judicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei"—, es de-

cir, no hay proceso si no existe demandado, a lo que equivale el carácter irreal o *imaginario* de éste, ya que no se trata de la vocación al proceso de personas indeterminadas "nominatim", pero determinables por datos que las califiquen—herederos desconocidos, etc.—, sujetos que, si no comparecen, no consta en los autos en forma lógica inexcusable, como ocurre en los presentes, que han de ser inexistentes para que la pretensión del actor pueda prosperar, dificultad que no oculta la imprecisa redacción de la súplica de la demanda, al no solicitar el lanzamiento de persona alguna concreta.

CONSIDERANDO que, si nuestra ley procesal no contiene una declaración expresa del apotegma referido, éste se encuentra implícito en el conjunto de sus normas, que construyen el mecanismo del proceso sobre el juego contradictorio de las pretensiones de las "partes", cuyo mismo nombre legal revela el carácter necesario de la aludida contraposición de sujetos, ya que indica que cada uno de ellos no es sino *parte*—de un todo—, además de ser posible inducirle de multitud de preceptos particulares (arts. 524 y 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre otros); principio cuya inobservancia ha de ser denunciada de oficio, no sólo por la naturaleza imperativa de las normas procesales, sino también por la imposibilidad evidente de que sea puesto de manifiesto por la—inexistente—contraparte.

CONSIDERANDO que no exige esta resolución que se precise su esencia, en cuanto al pronunciamiento de inadmisión del pedimento del actor, con relación al ulterior efecto de la cosa juzgada material; ya que si la sentencia de absolución en la instancia no lleva aparejada la imposibilidad de suscitar nuevamente la cuestión de fondo, para ello es inexcusable que se hayan subsanado los defectos que la provocaron, esto es, que en este caso se promoviese después la demanda individualizando de otra forma al demandado, con lo que tampoco sería oponible la eficacia de la cosa juzgada, aun en el supuesto de apreciar como decisoria del fondo a esta resolución, ya que no se daría la identidad de personas que previene el artículo 1.252 del Código civil.

CONSIDERANDO que, conforme se expone en los anteriores párrafos, hay que entender que *realmente no existe* más que una parte en este ficticio proceso, afirmación que releva de una especial atribución de las costas del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás pertinentes.

FALLO: Que debo declarar y declaro no haber lugar a la estimación de la demanda instada por ..., sobre ..., frente a los parientes hasta el tercer grado de la fallecida doña ..., que con ella hubieran convivido con un año de anterioridad al óbito.

Así, etc.

3. Arrendamientos urbanos: Subarriendos parciales anteriores a la vigencia de la Ley, a cuya virtud conviven con el inquilino personas en número no superior al autorizado por el artículo 27.

SENTENCIA 20 ABRIL 1948

El beneficio de la prórroga forzosa: disposición transitoria séptima, párrafos segundo y primero.

ANTECEDENTES.—Doña J. Acutain, arrendataria de una vivienda, admitió en el año de 1943 a don J. Lascoz y su mujer para que ocupasen un determinado número de habitaciones de la misma, con derecho a utilizar los servicios del piso, celebrando el correspondiente contrato de subarriendo parcial y continuando la locataria en la vivienda. En el mes de marzo del año actual la inquilina promueve demanda, frente al señor Lascoz, en solicitud de que se declare resuelto el contrato de subarriendo; por no tener el subarrendatario derecho a la prórroga, conforme a lo estatuido en el párrafo segundo de la norma intertemporal séptima. El demandado opone su carácter de subarrendatario, a virtud de contrato anterior a la fecha de vigencia de la ley, e invoca el párrafo primero de la disposición precitada.

CONSIDERANDO que, en esencia, se contrae a una cuestión de derecho, la que ha de ser objeto de examen: determinación del alcance del precepto contenido en el párrafo segundo de la disposición transitoria séptima del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a fin de precisar si dicha norma es aplicable siempre que el número de personas extrañas a la familia del inquilino que con él ocupen la vivienda no supera el límite señalado en el artículo 27 del texto citado, cualquiera que sea el título de convivencia, o si, por el contrario, la causa de permanencia en la habitación, cuando dimana de un contrato de subarriendo parcial, tiene virtualidad suficiente para excluir la eficacia del párrafo referido y producir la entrada en juego del párrafo primero de la misma disposición.

CONSIDERANDO que un examen "prima facie" del problema conduciría a la aceptación de aquella tesis, por ser terminante la expresión de la norma repetida, al establecer que "el beneficio de prórroga no será extensivo a las personas de que trata el artículo 27", y porque tales personas son individualizadas por este precepto en atención solamente al concurso de dos circunstancias de hecho —convivencia y número—, sin tener en cuenta los vínculos jurídicos que les ligan al arrendatario; afirmación a la que ni siquiera sería óbice lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 27, que atribuye a los que así habitan los derechos y deberes propios del subarriendo parcial, cuya aplicación determinaría a su vez la del párrafo primero de la norma intertemporal mencionada, ya que la especialidad del párrafo segundo de ésta evitaría la posible antinomia con el segundo del artículo, que por su carácter general abarca el total contenido obligatorio que une a los "conviventes".

CONSIDERANDO que, esto no obstante, un análisis más detenido de la cuestión lleva al juzgador a la conclusión opuesta, a través de un esfuerzo interpretativo menos fiel a la letra de la norma y en cuyo proceso es necesario estimar apreciaciones de orden técnico y consideraciones de justicia pura.

CONSIDERANDO que el artículo 27, al formular las proposiciones que integran sus dos primeros párrafos, aparentemente contradictorios, pone de relieve la "ratio legis" del precepto, cuya finalidad no es otra que excluir que se califiquen como subarriendo u hospedaje las relaciones que contempla, para impedir fundamentalmente que en ellas pueda apoyar el arrendador una pretensión resolutoria del arrendamiento; mas sin que se proponga desnaturalizar dichas relaciones, en cuanto afecten simplemente a los coocupantes de la habitación, por no ser ello preciso al fin apuntado, razón por la que las configura como subarriendos parciales, influido el legislador por la idea de que éste será el supuesto normal o más corriente.

CONSIDERANDO que, de lo expuesto, se infiere que el subarriendo parcial concertado por el arrendatario sin exceder del tope marcado por el repetido artículo 27, si, desde el punto de vista de las relaciones con el arrendador no puede ser reputado como un negocio de tal categoría, ya que en tal aspecto la ley considera irrelevante el motivo de convivencia y sólo se preocupa de fijar el número de personas que el inquilino pueda alojar en la vivienda sin consentimiento del arrendador, sí debe ser valorado como tal subarriendo en cuanto se refiera a las relaciones del arrendatario con las personas que con él conviven.

CONSIDERANDO que, esto sentado, por cuanto el beneficio de prórroga concedido en favor de los subarrendatarios y su negación respecto a las personas de que trata el artículo 27—párrafos primero y segundo de la norma transitoria tantas veces aludida—afecta sólo al vínculo interno que liga a los que concertaron el subarriendo o a los que conviven, es lógico declarar que, cuando el contrato subyacente que exteriormente aparece como "convivencia" del artículo 27—por el número de extraños que viven con el locatario—es propiamente un subarriendo parcial, debe reconocerse el derecho a la prórroga obligatoria, mientras que, en el caso de que la convivencia tenga por causa un contrato de hospedaje, no es posible admitir la existencia de tal obligación para el inquilino.

CONSIDERANDO que, en efecto, si el arrendatario cede el disfrute de una o varias habitaciones de su vivienda, a cambio de un precio cierto, la propia naturaleza del convenio determina la existencia de una relación de subarriendo parcial, cualquiera que sea el número de personas que hayan de convivir; por lo que, de seguir un criterio opuesto al indicado, sobre violentar esa naturaleza al tratar de diferenciar lo que por su esencia no lo permite, para discriminar el subarriendo parcial de la convivencia onerosa—a los efectos de la prórroga—habría que recurrir a elementos tan extrínsecos al contrato como el indicado del número de ocupantes, que habrían de computarse aunque sus títulos de permanencia en la habitación fuesen independientes, con la consecuencia de que el régimen del subarriendo o de la convivencia se pudiera alterar por actos ajenos al subarrendatario, cual serían la entrada o salida de la vivienda de otras personas o grupos familiares.

CONSIDERANDO que, por otra parte, un tratamiento diverso de figuras contractuales esencialmente idénticas sería absolutamente ilógico y contrario al principio "ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet"—reafirmado por el

artículo 13 del texto repetido—y al espíritu de la ley, que, consagrando situaciones jurídicas creadas antes de su vigencia, intenta evitar los lanzamientos en masa.

CONSIDERANDO que, por último, tal interpretación no puede ser tachada de incorrecta, por separarse de la norma de hermenéutica “ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus”, ya que la diversificación establecida viene impuesta por la propia y diferente naturaleza de los vínculos jurídicos que pueden ligar a las personas a que se refiere el artículo 127; en efecto, si por las razones expuestas resulta adecuado reconocer el beneficio de prórroga forzosa en favor de los conviventes-subarrendatarios, por el contrario, la complejidad de la relación aconseja que se rechace tal derecho en cuanto a los conviventes-huéspedes; aparte de que no puede inspirar recelo el criterio espiritualista seguido como pauta para la indagación del sentido de la disposición reiterada, ya que no se debe olvidar que la imperfección del artículo 27 y sus preceptos complementarios ha de forzar al juzgador, en múltiples ocasiones, a apartarse de los preceptos literales de tal grupo de normas: verbigracia, una operación similar, aunque inversa, es ineludible al aplicar el párrafo segundo del artículo 27, cuando los “conviventes” tengan el carácter de huéspedes con respecto al arrendatario, pues a tales supuestos repugna la atribución de los derechos y obligaciones propios del subarriendo parcial.

CONSIDERANDO que, esto establecido, es obvia la improcedencia de la demanda, por estar plenamente acreditado en autos que la parte demandada concertó con la actora un contrato de subarriendo parcial, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, circunstancia que, a tenor del precepto transitorio del párrafo primero de la norma séptima, excluyen la posibilidad de resolución del negocio jurídico por no acceder el subarrendador a la prórroga de su plazo de vigencia.

CONSIDERANDO que la carga de los gastos procesales corresponde íntegramente a la parte actora, conforme al criterio del vencimiento, recogido en la regla VIII de la base X de la Ley de 19 de julio de 1944, aplicable por invocación del artículo 162 del texto reiteradamente citado.

Vistos los textos citados y demás pertinentes.

FALLO: Que, desestimando la pretensión formulada por ..., frente a ..., en solicitud de ..., debo absolver y absuelvo de la demanda a la parte demandada, con expresa imposición de costas a la actora.

Así, etc.

(Las precedentes sentencias fueron dictadas por el Juez de Primera Instancia don Vicente Marín Ruiz, en los Juzgados Municipales de San Sebastián.)

BIBLIOGRAFIA

Libros¹

ALVAREZ GUERRA, Fernando.—“Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946”.—Editorial Extremadura, Cáceres (sin fecha).—314 págs.

Un examen de conjunto de estos nuevos comentarios—cuya copiosidad ya señalábamos recientemente (1)—nos obliga a coincidir con la declaración del autor de que si bien no pretende enseñar nada al jurisconsulto, trata de facilitar su labor sin descuidar al no profesional, quien—dice—“hallará claridad en la exposición y explicaciones lo suficientemente detalladas para que pueda entender fácilmente su contenido”.

Con estas palabras se advierte cuál fué el pensamiento del autor; pretende, y creemos que lo ha logrado, no hacer una obra científica, sino más bien de divulgación, dirigida más al profano que al profesional del Derecho. Ello se advierte en todos sus comentarios de cada uno de los artículos del texto vigente, así, por ejemplo, cuando en las páginas 111 y 112, al comentar el artículo 108, que determina la cuantía de la renta exigible a cada arrendatario e inquilino en los casos de reedificación de inmuebles derruidos, en que ofrece un caso práctico—con las fórmulas matemáticas correspondientes—para determinar la derrama proporcional que ha de abonar cada arrendatario; igual criterio se advierte cuando comenta el artículo 122 (págs. 127 y sigs.), reseñando, a guisa de comentario la legislación de “viviendas protegidas”.

Termina su obra el Sr. Alvarez Guerra citando íntegra la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945.

Desde el punto de vista práctico y de divulgación, en cuyo terreno parece querer situar el autor sus “comentarios”, nos vemos obligados a indicar que aquellos fines se hubieran cumplido perfectamente si el autor hubiere acompañado su obra de unos completos índices alfabéticos que facilitaran su manejo, no sólo respecto al texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino también en relación con las disposiciones sustantivas y adjetivas concordantes.

Juan HERNANDEZ CANUT

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.

(1) Vid *Anuario de Derecho civil*, tomo I, fascículo I. Enero-marzo 1948, pág. 184.

BOYER, Louis.—“La notion de transaction. Contribution à l'étude des concept de cause et d'acte lucratif”. Préface de M. Jacques Maury.—París, 1947.—IV + 509 páginas.

Tras de afirmar que la mayor parte de los artículos 2.044 a 2.058 del Código francés son inútiles y sus normas se hubieran podido deducir de los principios generales que regulan las obligaciones, estudia el autor el objeto y requisitos de la transacción: ¿Basta una “res dubia” o es necesario una “res dubia et litigiosa”? La primera posición es la del derecho romano justiniano, B. G. B., y es la dominante en la doctrina suiza e italiana. La segunda es la aceptada en Francia. A juicio de Boyer, el objeto de la transacción es una “res litigiosa”; este elemento es necesario y suficiente para la existencia del contrato; basta que el litigio sea posible. Pero no da a la expresión litigio una interpretación estricta, pues llega casi a su equiparación con “situación aleatoria”.

Pero las partes fundamentales de la obra de Boyer son, como el subtítulo indica, las dedicadas al estudio de la causa y del acto declarativo.

Considera existen dos clases de causa, que, aunque íntimamente enlazadas, pueden distinguirse perfectamente y que denomina: “causa categórica” y “causa causal”.

La causa categórica es la causa del contrato, y está constituida por la reunión de elementos externos a la voluntad que permiten a ésta ejercer su poder creador. Tiene, por lo tanto, una función permisiva, no generadora, es objetiva y su contenido es la protección del interés social indicando los moldes, los caminos, las categorías jurídicas por las que la voluntad puede desenvolver su poder.

La causa causal es la causa de la obligación y está formada por la reunión de las representaciones psicológicas, que tienen para la conciencia social una importancia particular.

Tanto la causa categórica como la causa causal tienen un problema de límite. La primera, con el objeto del contrato. La segunda, con los motivos y con las condiciones.

La causa categórica tiene por función permitir la formación del contrato, mientras que la causa causal es la que explica la existencia de la obligación de cada uno. Como consecuencia, tenemos que hay que distinguir ausencia de causa (categórica) y error sobre la causa (causal). Mientras que el error sobre la causa es un vicio de naturaleza subjetiva, que resulta del desacuerdo existente entre las representaciones psicológicas determinantes de la voluntad de una de las partes y la realidad material, la ausencia de causa es un vicio de naturaleza puramente objetiva que produce la imposibilidad absoluta de realizar el contrato que han querido formar las partes.

Reficiéndose, ya en concreto, a la transacción, analiza los resultados de las distintas teorías (Demolombe, Capitant, Esmein, Ionasco, Bufnoir, Lenel, Froumesco, etc.), para llegar a la siguiente conclusión: la causa categórica de la transacción es el litigio, la causa causal es la renuncia del adversario a su acción. La inexistencia de causa categórica conduce a

sustituir la transacción por otro contrato mal calificado. El error, en cambio, sobre la causa causal produce la nulidad relativa del contrato.

Como consecuencia de su teoría defiende la validez de la transacción sobre la cosa juzgada, si bien no con carácter de transacción. A su juicio, ésta era la posición de las Doce Tablas, confirmada por un pasaje atribuido a Paulo recogido en la "Consultatio vétérís".

Dedica Boyer la tercera parte de su obra al estudio del carácter traslativo o declarativo del contrato de transacción. Fija su atención principalmente en las teorías que se han opuesto a la construcción clásica que defiende el carácter declarativo, y en especial estudia las de Chevalier—cesión de derechos litigiosos—y Desserteaux—declarativa entre las partes y traslativa frente a terceros—.

Para el autor, la transacción es de naturaleza declarativa, pero da a este vocablo una significación distinta y más compleja que la que le da la teoría clásica (reconocitiva de derechos), entendiendo que está compuesta de tres elementos: el primero, negativo—renuncia de la acción—; el segundo, extintivo—eliminación de la cuestión litigiosa—, y el tercero, liberativo—supresión del obstáculo al ejercicio del derecho del adversario—. Estos tres elementos son los integrantes de todo acto declarativo.

Como puntos concretos más importantes tocados en su argumentación en defensa de su teoría destacan los siguientes: carácter simplemente relativo de la transacción, posibilidad del ejercicio de la acción pauliana, carácter de la partición, naturaleza de la copropiedad, relación entre la transacción y el juicio y distinción entre juicios declarativos y constitutivos.

Antonio TENA ARTIGAS

DOS REIS: "A figura do processo cautelar". en Boletim do Ministerio da Justiça. Novembro, 1947, núm. 3; pp. 27-91.

Tras una descripción de los procesos *preventivos* y *conservatorios* del Código de Proceso civil y un breve apunte sobre legislación comparada (ns. 1-2), plantea, esquemáticamente, el tema de su estudio: ¿El proceso cautelar constituirá un tipo diferenciado y distinto de otros tipos procesales? Y, en caso afirmativo, ¿cuáles son los rasgos especiales que lo caracterizan?

Según Calamandrei—cuya opinión resume el autor—, la garantía jurisdiccional adopta tres formas: *acción de condena*, *de mera declaración* y *constitutiva*. La actividad *cautelar* no puede en rigor considerarse como un *quartum genus* susceptible de colocarse en el mismo plano de los otros tres tipos. Atendiendo al *modo de ejercerse*, la actividad cautelar entra necesariamente en alguna de las otras tres formas. Sólo una nota puede permitirnos considerar la función cautelar como tipo aparte: el *parar* la realización de las otras.

Dos Reis suscribe esa tesis mencionando también la opinión conforme de Allorio y Carnelutti (n. 3).

A continuación estudia la función del proceso cautelar según Chiovenda, Coniglio (n. 4), Calamandrei (n. 5) y Carnelutti (n. 6).

Para Chiovenda las medidas cautelares son *provisionales* y obedecen a la necesidad efectiva y actual de remover el recelo de un daño jurídico.

En Coniglio la característica esencial está en el *periculum quod est in mora* e implica una anticipación de la providencia definitiva cuyo resultado se garantiza previamente.

También para Calamandrei el fin del proceso cautelar es evitar el *periculum in mora*. La medida cautelar desempeña una función *preventiva* que se presenta como *urgente*. Sin embargo, estos dos rasgos no bastan para caracterizar sin añadir la nota de *instrumentalidad*, en relación con la providencia definitiva de la que son medio idóneo para asegurar la eficacia posterior. Así ya, la providencia cautelar se define como: *anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva*.

Análoga es la posición de Carnelutti. El proceso cautelar—dice—realiza una *composición provisional de la litis*, evitando que la composición definitiva, a causa de la duración del proceso, resulte ineficaz.

Según Barbosa de Magallães—mencionado a continuación por Dos Reis—, desde el punto de vista doctrinal lo específico de la acción conservatoria es el suponer la existencia de una acción principal. Esto es cierto—afirma Dos Reis—si a la expresión *procesos conservatorios* hiciéramos corresponder la idea de procesos cautelares. A su juicio (n. 8), hay una función *preventiva general* que es común al proceso cautelar y al conservatorio. Por eso es menester buscar la característica que individualiza los procesos cautelares. El rasgo distintivo es la *especie de peligro* que se propone conjurar y el medio de que se sirve para conseguirlo.

El peligro especial es el *periculum in mora*; el medio técnico empleado es una apreciación provisional de la relación litigiosa.

Ya que la resolución de un litigio no puede ser *instantánea*, el Tribunal necesita un período de *instrucción*, de *discusión* y de *discernimiento ponderado*. Mientras el proceso declarativo o ejecutivo sigue estos trámites pueden sobrevenir circunstancias que hagan recelar que la decisión será tardía. La mutación del estado de hecho puede ser amenaza de una resolución parcialmente inútil. Como este peligro puede surgir antes o después del proceso, de ahí que el cautelar revista la forma de *acto preparatorio* o de *incidente*.

De aquí deriva la nota de instrumentalidad. Para que la providencia definitiva pueda ser *justa*, la providencia cautelar se hace rápida (n. 9). Esto mismo hace que se hable de una *apreciación provisional*. Hay apreciación como prerrequisito para invadir la esfera jurídica de una persona, lo que supone un examen de las circunstancias para fijar el *fundamento legal* de lo pedido. Pero la apreciación es provisional, porque depende en su subsistencia del resultado de la providencia definitiva (n. 10).

En cuanto a la substanciación de la pretensión cautelar (n. 11), presupone el determinar *sumariamente* (summaria cognitio) si existen el derecho que se arroga el requirente y el *periculum in mora*.

Por lo que toca a los requisitos, los de la providencia cautelar son:

1.º, la apariencia de un derecho unida; 2.º, el peligro de su insatisfacción (n. 12).

El primer requisito se satisface con un juicio de mera *probabilidad*—según la doctrina de Calamandrei, que él suscribe—. Cuanto al 2.º, la jurisprudencia portuguesa considera indispensable un juicio de *certeza*. Dos Reis juzga exagerada esta tesis, que interpreta demasiado a la letra el pensamiento de Calamandrei, quien tiene presente que un conocimiento completo y profundo pondría en grave riesgo de demora—incompatible con la urgencia de la medida—la providencia cautelar.

En los siguientes párrafos la doctrina sentada se aplica al derecho positivo de Portugal.

Valorado en conjunto, el trabajo del ilustre procesalista portugués es muy meritorio. Presidido por la claridad y por el espíritu de sistema, el análisis discriminativo es sumamente feliz, a la luz de las ideas de que se nutre.

La construcción del proceso cautelar, en sí misma, es lo que puede discutirse categóricamente. En general, se puede decir de la doctrina procesal, como de toda la doctrina jurídica, que está muy lejos de la sobriedad conceptual de la verdadera disciplina científica. Resulta difícil de explicar por qué los juristas se resisten a ir por el camino más corto. En lugar de reducir cada vez el núcleo de ideas fundamentales, la técnica del jurista es, desdichadamente, la contraria. Construyen cada capítulo como si fuese una ciencia independiente. Así se explica que veamos, de pronto, cómo una pequeña porción de cualquier disciplina se arroga una autonomía que está muy lejos de poseer y se separa del cúmulo de ideas originario.

Algo parecido está ocurriendo con la tipología procesal. Como faltan los criterios que permitan una ordenación racional, como no se establece un esquema lógico "a priori" que comprenda todas las clasificaciones posibles desde puntos de vista contenidos en la definición de Derecho Procesal, las cosas se ponen de tal manera que cada especie concreta de proceso requerirá muy pronto una ciencia nueva. Mejor que la tesis sustentada por la doctrina, estimamos distinguir el proceso "instrumental" del proceso "autónomo", según el fin material o procesal que desempeñen (*Proceso y Forma*, IV, 4, *Teoría del fraude en el proceso civil* pág. 66).

José Lois ESTEVEZ

GOMEZ MORAN, Luis.—“De la posición jurídica del menor en el Derecho comparado. Tesis doctoral de las Universidades de Madrid y Coimbra”.—Instituto Editorial Reus.—Madrid, s. f.; LIII + 445 págs.

I. Continúa el autor en esta obra la trayectoria de las que viene dedicando al Derecho de Familia con una preocupación práctica a la vez que vulgarizadora¹. El mismo nos indica en el prólogo los límites que,

1. Merece especial atención, en esta misma línea, “La Mujer en la Historia y en la Legislación”, Instituto Editorial Reus, Madrid, s. f., 658 + LIV, 34 págs. Este libro de ca-

en cuanto a la finalidad de su trabajo, se trazó; no trata de realizar una elaboración científica original ni de establecer una tesis general determinada, sino de recoger en lo esencial la regulación positiva de las materias a las que afecta el trabajo y ofrecerla, en lenguaje sencillo, al público no especializado y para el que, sin embargo, es necesario dicho conocimiento. Su finalidad primaria es que tal divulgación evite muchos litigios promovidos por ignorancia y que, en materia de Derecho de Familia, conduzca a resultados poco deseables por opuestos a la intimidad propia de las relaciones familiares, y aun a la moral familiar.

Las materias tratadas son, a grandes rasgos: clasificación de los hijos, legitimación, adopción, investigación de la paternidad, patria potestad, modos de terminación de ésta, capacidad jurídica del menor y efectos personales y patrimoniales de la patria potestad.

El método de exposición adoptado consiste en estudiar primeramente cada institución en el Derecho romano, hacer luego, si es necesaria, una referencia al Derecho germánico; pasar a continuación al Derecho histórico español y, finalmente, analizar los Derechos español, portugués, francés e italiano, a los que se contrae, por razones de utilidad y de espacio, el estudio comparativo.

El estudio versa especialmente sobre el Derecho positivo, haciendo abundantes referencias a la interpretación jurisprudencial en los distintos países, comentando brevemente los problemas y limitando muchísimo las citas doctrinales.

II. Entrando en un examen crítico de la obra, hemos de partir de la base de que la idea del autor es noble y digna de alabanza. Su trabajo, arduo a veces por la acumulación de datos, está lleno del mejor deseo. Pero no creemos, sin que esto suponga ignorar que la obra no carece de utilidad, que se trate de un libro logrado. Dado el propósito del autor, no cabe hacer una crítica inspirada en la falta de ideas originales o de una tesis general. Cabe hacer, no obstante, las siguientes observaciones:

1. El contenido de la obra no corresponde en modo alguno a su título. El deseo del autor de tratar el mayor número posible de problemas relacionados con el menor, y su predilección por el Derecho de familia, le llevan a una completa confusión de dos cuestiones: la filiación y los *status* que de ella derivan y la posición jurídica del menor. Dada la finalidad de la obra, es lógico que se haga referencia a los *status* correspondientes a los diversos tipos de hijos, ya que dichos *status* pueden matizar la posición del menor que se encuentre en cada uno de ellos; pero esto no justifica la extensión concedida a los problemas de filiación (más de la tercera parte del libro), y menos aún la confusión entre lo referente a filiación y lo

caracteres análogos al que ahora nos ocupa, es bastante más claro, tal vez por no emplear el método comparado.

Quizá extrañe el que el autor considere como incluidos en el Derecho de Familia problemas que, como los referentes a la posición del menor y a la de la mujer, no pertenecen, en sí considerados, a esa rama del Derecho civil, aunque tenga grandes relaciones con ella: de ello se derivan confusiones, como veremos al tratar de la obra ahora comentada: respecto a "La mujer en la Historia y en la Legislación", baste decir que en su mayor parte es más bien un estudio del matrimonio y de sus efectos, que de los problemas específicos referentes a la mujer.

relativo al menor en cuanto tal, confusión que se manifiesta, por ejemplo, en que se consideren comprendidos en el conjunto de derechos y deberes derivados de la patria potestad derechos que derivan de la filiación, sin hacer referencia a la posición específica del menor: así el derecho al apellido (pág. 383) y los derechos sucesorios (págs. 181 y 385). En el mismo sentido se confunde totalmente (págs. 338 ss.) el deber de alimentos que acompaña a la patria potestad y el regulado en los arts. 142 ss., C. c. Además se estudia la patria potestad y no la tutela, siendo ambas las instituciones civiles normales de protección a los menores; esto se debe también, sin duda, a la confusión con la filiación. En otras ocasiones se llega a más aún: por ej., algunas instituciones, como los alimentos (páginas 338 ss.), las legítimas (págs. 385 ss.), la desheredación (págs. 417 ss.), la preterición (págs. 420 ss.) y la colación (págs. 423 ss.), que ya de por sí no tienen nada que ver con el menor en cuanto tal, son estudiadas con una generalidad total, sin limitarse a lo correspondiente a los hijos.

2. El método del autor no nos parece muy adecuado. El método comparado, ya de por sí poco útil para una obra práctica, exige una ponderación de los principios inspiradores de cada ordenamiento, lo cual no se hace en esta obra, debido quizá, en parte, a estudiar la evolución histórica sólo en Derecho español. Al no elevarse de la cita, o de la breve exégesis, de textos y resoluciones, se olvida el concepto y significado general de las instituciones y la relación de éstas, en cada Derecho, con su evolución histórica. El no ver el sentido interno de cada institución se manifiesta, por ej., en que se fundamenta la irrenunciabilidad por parte de los padres a la administración de los bienes de los hijos (problema de Derecho familiar) en el principio del art. 1.737 C. c. español (problema de Derecho contractual) (pág. 366), y en que para decidir sobre la capacidad del menor para reconocer hijos naturales se acuda únicamente a su aptitud para la procreación (pág. 94).

Es cierto que late en la obra un gran respeto a los principios católicos en materia familiar, pero sin estructurarlos debidamente. Y sin hacer ver, en Derecho español, junto a los principios católicos los nacionales, tan esenciales en Derecho de familia.

La sistemática de la obra es deficiente, tanto en el desorden con que se tratan las materias como en la exposición: no se sigue muchas veces una línea clara, se repiten innecesariamente las citas y las ideas, se mezclan las cuestiones, se escinden otras que debían estar unidas, etc.

Tampoco la Jurisprudencia se estudia sistemáticamente y extrayendo sus principios directores. El autor se queja con frecuencia de las abundantes contradicciones en que incurre el T. S., pero sin hacer intentos de armonización y sistematización; a veces complica las cosas haciendo ver contradicciones que no existen (por ej., pág. 106, en que las sentencias citadas se refieren a asuntos distintos) o incluso citando erróneamente la doctrina de las sentencias (V., por ej., S. T. S. de 9 octubre 1908, pág. 329). Todo esto hace perder valor al meritisimo trabajo de recoger una jurisprudencia muy abundante.

3. Si bien el autor muestra, en general, un buen sentido jurídico y

una sana orientación doctrinal, hemos advertido en la obra errores que desmerecen de las virtudes antes citadas; por ej., la errónea transcripción del art. 59 C. c., que lleva al autor a no entender su contenido (página 232), el planteamiento de un problema falso por creer que el artículo 321 C. c. dice "hijas mayores de veintitrés años" (pág. 239), la aplicación de los arts. 111 y 112 C. c. a supuestos distintos de los previstos en ellos (pág. 58), la incompreensión respecto al juego de los arts. 1.261, 1.263 y 1.300 C. c. (pág. 251), la confusión entre hecho, acto y contrato, haciendo referencia al depósito (pág. 261) y la idea, poco sostenible, de que la prescripción es una renuncia tácita (pág. 373).

4. Finalmente, hemos advertido un cierto descuido en cuanto a pequeñas cuestiones, como abundancia de erratas no salvadas, falta de concordancia entre los títulos de algunos epígrafes y su contenido, etc. Preceden a la obra varios índices bastante extensos, pero que, por el criterio de su concepción, son de dudosa utilidad.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

JEMOLO.—"La coscienza giuridica".—Nápoles, 1947.

Frecuentemente se habla por juristas y no juristas de "conciencia jurídica" y de sus exigencias, sin ulteriores precisiones. El concepto, de por sí carente de contornos definidos, se esfuma todavía más cuando al tratar de concretarlo de algún modo se alude a la "conciencia jurídica de nuestro tiempo", o bien, a la "conciencia jurídica" de un pueblo determinado. De este modo, al fijar aquel concepto vago con referencias espaciales o temporales cambiantes, se acaba por tener una idea sin contenido serio. Y se corre el riesgo de encontrarnos con una frase hecha que no quiere decir nada. Por eso, se justifica un ensayo que tienda a precisar el concepto, primero, y a estudiar, después, sus diversas aplicaciones en los diferentes campos del saber jurídico.

Esto es lo que se propuso Jemolo, y lo consiguió en gran parte, con sus acostumbradas dotes de claridad, elegancia y finura jurídico-filosófica. Su ensayo, breve, pero seguro de trazos, supone una valiosa aportación. Las proporciones limitadas del estudio impidieron un mayor desenvolvimiento. Pero en él se sientan bases firmes que justifican el relieve del mismo.

Examina Jemolo previamente el valor de las expresiones, más o menos conexas con la idea de conciencia individual o colectiva: opinión pública, conciencia en sentido éticomoral y en sentido psicológico, conciencia nacional, conciencia profesional, "mentalidad jurídica", tradición jurídica, "genio nacional".

De este examen retiene el autor una nota como punto de partida: que es a la conciencia moral y no a la psicológica a la que nos referimos cada vez que se habla de conciencia jurídica, y a los imperativos éticos que dominan, o mejor, que pensamos que dominan, el campo del Derecho.

En realidad, para Jemolo, la conciencia jurídica no es otra cosa que

el conjunto de principios, en sí mismo prejurídicos, que el sistema ético comúnmente aceptado—y aún más, la dirección históricopolítica y sociológica que da su tono a todo un tipo de civilización—imponen al legislador (y cuando el legislador no haya sido muy claro, al intérprete), y de los cuales no se puede discordar sin ofender el común sentir, sin hacer surgir en el ánimo de todos el convencimiento de estar de la parte del error.

Analiza Jemolo la proyección de esa conciencia jurídica ofendida en el ámbito del Derecho penal—concretamente en el italiano, con referencia a lo que él llama “conciencia jurídica italiana”—y en el del administrativo.

La conciencia jurídica se invoca siempre que entran en juego cuestiones que señalan el punto de transición entre Ética y Derecho. En cuanto al Derecho privado, estima Jemolo que se está realizando un proceso de progresiva etización, que no puede referirse solamente a un menor respeto de la esfera individual, a la idea de que todo derecho del particular tiene que sacrificarse al interés colectivo. El haber introducido en el Código italiano del 42 la prohibición de los actos emulatorios, el haber sancionado el deber de corrección en las relaciones entre acreedor y deudor, y el deber de lealtad y de probidad entre las partes, el haber acogido la acción genérica de rescisión por lesión, cuando una de las partes se haya aprovechado del estado de necesidad de la otra, el haber definido el abuso del defecto, todo esto es un conjunto de aportaciones elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, que puede muy bien reconocerse como manifestación de las exigencias de una conciencia jurídica más afinada.

Pero Jemolo se plantea también, más a fondo, el problema del proceso de formación de esa tabla de valores que se sobrepone a los varios derechos positivos, porque, en resumidas cuentas, la conciencia jurídica es la evocación de una preceptiva, a la cual el Derecho debe conformarse, y sin la que no se da aquella antítesis del *derecho injusto*, objeto de tantas disputas entre los que se ocupan del complejo problema de la justicia.

A tal fin hace una ligera alusión a las diversas corrientes filosófico-jurídicas. Y a la hora de tomar partido se pronuncia en el sentido de que la conciencia jurídica no hace referencia a valores universales, sino, más bien, a principios que son el substrato de una corriente de pensamiento.

Acaso Jemolo enraice demasiado la conciencia jurídica en una cultura dada. La conciencia jurídica implica una consciencia, un conocimiento, un juicio valorativo de los derechos y deberes que se tienen en un determinado momento, en función de los que se deberían tener. El “deber ser” como tal no varía. Si la conciencia jurídica cambia con los pueblos y con los tiempos, se debe no sólo al carácter mudable de *lo que es*, sino también porque varía la *concepción* y el *conocimiento* de *lo que debe ser*.

Juan Bautista JORDANO BAREA.
Doctor en Derecho.

LEICHT, P. S.—“Operai, artigiani, agricoltori in Italia dal secolo VI al XVI”.—Milán, 1946.—215 págs.

Mil años de historia social, económica y jurídica se condensan en las páginas de este libro, traspasado de simpatía humana, de confianza en los altos estímulos, de noble y herido sentimiento patriótico, en el que un viejo profesor italiano pone su saber de especialista al servicio de una perspectiva histórica para esta hora de Italia. Sólo una cita de un poeta al principio y una exclamación al final nos hablan de la ardiente intención—silenciada en todo lo demás—de una templada y objetiva exposición científica, de sumo interés para todos los curiosos por conocer el pasado y para los curiosos por conocer el presente. Obreros, artesanos, agricultores; clases trabajadoras, ¿no residen ahí la mayor parte de los problemas actuales? Un día es el de su presión sobre la vida política; otro, el de su participación en el ciclo económico; otro se aborda el de su situación espiritual y religiosa. Los juristas se ven obligados a contar con su presencia, cuando el Derecho administrativo se desarrolla frondosamente en relación con los fines públicos que la “clase” suscita, y, sobre todo, cuando las exigencias del Derecho social se declaran incompatibles con los moldes clásicos del Derecho civil. Una visión histórica de estos problemas ya estaría justificada por eso de que la situación actual se comprende mejor conociendo sus precedentes históricos, frase en la que se esconde la convicción de que, naturalmente, nuestros problemas son incomparablemente más importantes y considerables que los antiguos y que éstos son rudimentos de la gran ciencia que es la Edad Contemporánea. La historia sería la preparación de nuestra culminación.

Al leer el libro de Leicht y detenerse un poco en la frecuencia e intensidad de los acontecimientos que relata, sobre los que él ha aplicado primero un criterio de selectividad y luego ha sintetizado al exponer, se recuerdan las inspiradas palabras de Ranke: “cada época está en relación con Dios y su valor reside no en aquello que de ella resulta, sino en su propio ser”. Mil años de historia no son una rectilínea secuencia hacia nuestro importante presente, sino que valen e interesan por sí mismos. Y por ello pueden servirnos. Esta ha sido la actitud de Leicht, a quien le ha interesado de verdad la situación de las clases trabajadoras en cada época. No ha pisado apresuradamente sobre una época en busca de la siguiente, prendido en el desarrollo inexorable de una serie causal. No ha reducido a un esquema de evolución social o económica la historia humana. No ha oprimido bajo una fórmula absoluta cada una de las etapas, sino que ha sabido ver cuánta variedad pueden introducir los hombres en un mismo sistema, y cómo es posible, en medio de los más “atrasados”, alcanzar las cimas del único y verdadero progreso humano.

No se saca de esta obra la impresión idealista de un progreso constante, ni tampoco la contraria, y, sin embargo, no hay en ella indiferencia para los ideales que guían la marcha de la humanidad, sino que éstos, en la concepción que nos parece preside la obra de Leicht, no están colocados precisamente en el siglo siguiente, sino a la vez infinitamente más lejos y más cerca, fuera del tiempo histórico, en el “siglo futuro”.

El libro se inicia con una ojeada sobre la última época del Imperio romano, que en la ciudad presenciaba el desenvolvimiento del trabajo libre aplicado a las necesidades de una vasta organización comercial y militar. Los obreros y artesanos aparecen agrupados en colegios y corporaciones, en las que se señala la tendencia a la adscripción de las personas a sus funciones, propia de la Monarquía absoluta. Las condiciones de vida eran más favorables y libres en las provincias; en Roma, una gran masa proletaria estaba reclusa en su clase, pero tenía como compensación una mayor seguridad en la protección del Estado. En el campo se producen los interdependientes fenómenos del latifundio, el colonato, la adscripción de los cultivadores libres, la relativa liberación de los esclavos al ser vinculados a la tierra y la necesidad de los pequeños propietarios de buscar la protección de un poderoso. La posición y la influencia del Cristianismo acerca de la esclavitud y de todas las formas de servidumbre se explica conforme a la tradición cristiana, desde el mismo Evangelio, que después fué objeto de tergiversaciones al situar su buena palabra en un ámbito de "reformas sociales" para luego encontrarlas insuficientes. La renovación y el valor real de la Redención ocurren en otra esfera, aunque no dejan de trascender sobre las relaciones sociales. Y así, el monaquismo eleva la consideración del trabajo manual, como más tarde el espíritu franciscano dará un aliento a los movimientos del *populo minuto* en la Italia del trecento.

En la época de las invasiones se produce una dualidad de ordenaciones como efecto de la dominación de unos territorios por los longobardos y de la vinculación de otros al Imperio bizantino. Se aflojan los férreos lazos de las corporaciones, desciende en general el tono de la vida urbana, y en el campo, junto a la subsistencia de formas romanas de asentamiento, se introducen las procedentes del establecimiento de los pueblos germánicos. El *conventus* o *concilium* de los libres aparece como organismo regulador de la vida económica en las pequeñas comunidades locales.

Bajo el Estado carolingio, los más importantes oficios aparecen subordinados al fisco regio mediante los *ministeria*. Se reprime la asociación profesional de los demás, que, no obstante, se desarrolla con fines de confraternidad religiosa. Al deshacerse la estructura del Estado en el feudalismo, la vida económica es oprimida por el ejercicio de las funciones públicas con un fin de lucro privado. Con mayor intensidad, el sistema feudal cubre el campo de las relaciones agrarias. Como es propio de la Edad Media, no hay uniformidad en esta situación, analizándose su diversidad en los territorios y, dentro de ellos, en diferentes tipos. Se nota un fenómeno de concentración de propiedades rústicas, especialmente en manos de los monasterios, y de sucesivo reparto en forma de concesiones agrarias. La gran propiedad era más bien un medio de influencia política y militar que de explotación económica. Ya en la propia época feudal existe un concepto de *libertas* a la que se llega por el franqueamiento concedido graciosamente por los señores u obtenido por la imposición de los vasallos.

En la "edad comunal" este movimiento se hace general y cambia totalmente la fisonomía de la sociedad. Primero es en las ciudades. Allí los

arti se liberan de su función ministerial y de los lazos feudales. Crecen como organismos poderosos que muy pronto viven como un Estado dentro de otro y que influyen decisivamente en el gobierno local. Su oposición es enérgica frente a la nobleza feudal, desde cuyo punto de vista el movimiento era una sedición popular. Pero, en realidad, no era tan amplio; comprendía sólo una alta burguesía, cada vez más rica y separada del pueblo bajo, aunque lo utilizó en sus luchas. Eran los *arti maiores* los que dominaban la vida en la ciudad. Se acentúa la división entre maestros, de un lado, y laborantes, mozos y discípulos, de otro. Entonces es el común del pueblo, frente al común de los *arti*, en ciudades como Venecia en que el antiguo gobierno había conseguido mantenerlos divididos y alejados del poder, los que protegen a los simplemente asalariados. Es cierto que los *arti* extendían una función protectora general, en forma de beneficencia, así como ordenaban la producción, vigilando la perfección de las obras y reprimiendo la competencia ilícita. La liberación urbana aceleró el mismo proceso en la esfera rural, existiendo incluso actos concretos de franqueamiento de todos los vínculos señoriales, realizados por la ciudad dominante sobre la nobleza feudal. Pero esto no siempre significó un mejoramiento de los cultivadores, que bajo su antigua dominación, más bien política, habían conseguido un derecho bastante extenso sobre la tierra que cultivaban, y que ahora tuvieron unos propietarios burgueses que tomaban su derecho como un medio de explotación económica. El efecto se advierte en la esfera jurídica, en que a las concesiones por largo tiempo y hereditarias sucedieron los contratos de tiempo breve.

Entre los siglos XIV y XVI se producen dos órdenes de convulsiones: primeramente, uno interno, de las ciudades, la oposición del pueblo bajo, oprimido por una rica burguesía (*popolo magro* y *popolo grasso*), y más tarde un violento antagonismo entre el campo y la ciudad. Revueltas y tumultos populares, como el de los *Ciampi*, de Florencia, agitan este periodo, en el que Leicht entra con pulcra objetividad, buscando denodadamente la verdad histórica. Las invasiones extranjeras, alterando la vida civil de Italia, no eran ajenas a estas convulsiones.

A lo largo del proceso, aquí tan someramente reseñado, se estudia la situación económica y social de las clases trabajadoras, sus asociaciones, su relación con la vida política, las formas jurídicas que asumen la prestación de sus servicios o su participación en la propiedad, con particular atención a los contratos agrarios, las tendencias ideológicas que les impulsan y que se les oponen, etc., etc.

La constante aportación de fuentes y testimonios producen la saludable visión de una realidad histórica; pero no se trata de una erudita aglomeración de datos, como no es una gratuita hipótesis, sino que sobre aquéllos se ha ejercitado una experta facultad científica y, sobre todo, una noble actitud espiritual.

LEMOINE: "Traité de droit aérien". París, 1947.

El innegable desarrollo de la aviación ha dado lugar al nacimiento de una infinidad de problemas anteriormente desconocidos y no presenta pequeñas dificultades resolver los del sector jurídico, puesto que no es posible aplicar por analogía los principios que rigen en otras instituciones—por ejemplo, en el derecho marítimo—al parecer vecinas.

Hoy el derecho aéreo se presenta con autonomía, constituye una especialidad jurídica regulada por leyes especiales, y doctrinalmente va adquiriendo día a día relieve insospechado.

El tratado de Lemoine, secretario general del "Air-France", contribuye notablemente a ese desarrollo. Es una obra voluminosa—rozando las 1.000 páginas—, bien informada y completa, en la que se exponen la diversidad y dificultades que los problemas aéreos presentan.

En una parte introductiva analiza el autor las anteriores definiciones de Visscher y Ambrosini, llegando por su cuenta a afirmar que el aéreo es aquella parte del Derecho que determina y estudia las leyes y reglas jurídicas que reglamentan el tráfico y utilización de las aeronaves, así como las relaciones que engendran. El derecho aéreo posee un carácter internacional, pues la aeronave, instrumento de transporte a grandes distancias, no puede tener pleno rendimiento si se encierra en las fronteras de un Estado; mas presenta a la vez un interés extremado para la política interna de los países, y de ello deriva su carácter reglamentario. Es, pues, un derecho que participa y se extiende por la zona del internacional, del público interno y del privado.

Después de un estudio sintético de la formación del derecho aéreo y de las principales convenciones y leyes sobre el mismo, expone el régimen jurídico de la atmósfera en dos partes: una, referente al derecho público, teniendo en cuenta la soberanía de los Estados, en la que analiza las diversas convenciones internacionales; otra, de derecho privado, atendiendo a la soberanía de los propietarios, en la que, rechazando las teorías clásicas, admite el pleno derecho de las aeronaves a circular por encima de toda propiedad privada.

En el capítulo III ("Le sol et l'infrastructure") se ocupa de los problemas que plantean los aeródromos: su creación, equipo y utilización, siendo especialmente interesante el apartado destinado a las servidumbres que pueden establecerse en interés de la navegación aérea.

La aeronave es tratada en el capítulo IV. Primero expone los problemas de su construcción y condiciones de vuelo y luego el régimen de propiedad de las aeronaves, tanto en el derecho francés como en el internacional: la adquisición de dicha propiedad, originaria (construcción) y derivativa (transmisión); la inscripción en el registro; los privilegios sobre aeronaves, hipotecas y ventas forzadas.

El personal de aviación se integra en la obra a través de la aptitud y licencia, del equipo personal de la aeronave y del estatuto del personal navegante en la aeronáutica civil.

En dos capítulos estudia la circulación aérea y el régimen de la aviación civil.

Y seguidamente el transporte aéreo (gratuito y oneroso) y el contrato de transporte de mercancías, pasajeros y equipaje.

Los tres capítulos siguientes se refieren a la responsabilidad civil del transportador.

El XI, al seguro de aviación en sus diferentes manifestaciones.

El XII, al derecho penal aéreo, leyes que le son aplicables y sanciones que hayan de imponerse.

Un último capítulo intitulado "La guerra y la aviación" cierra este tratado. En él se abordan los problemas de la guerra y la aeronáutica civil, comprendiendo: su influencia en la circulación aérea, tanto en la atmósfera nacional como en la navegación internacional; el derecho de control de los Estados beligerantes sobre la actividad aérea de los neutrales, el derecho de visita y el de captura. Finalmente, analiza Lemoine la guerra aérea, proponiendo un sistema más humano de delimitación de la zona de operaciones y de los objetivos susceptibles de bombardeo.

Por esta sucinta exposición del contenido de la obra puede avalarse la amplitud del mismo, desenvuelto, además, con profundidad e innegable espíritu científico. Las cualidades de sistema y claridad que el autor demuestra son otro de los méritos que el tratado presenta.

J. G. ORTEGA.

M. DE ROBERTIS, Francesco.—"I rapporti di lavoro nel Diritto romano".—Milán, 1946.—307 págs.

El Derecho romano no merece de los laboristas la consideración y admiración que le tributan los restantes juristas. Hay un tono de menosprecio hacia la tradición romanista que se entiende superada por el renovador Derecho social. Especialmente cuando se compara el "contrato de trabajo", atento a las exigencias de la personalidad humana, con la *locatio conductio*, que "tomaba el trabajo del hombre como una simple cosa". No nos detendremos en objetar esta actitud, cuya raíz Alvaro D'Ors combatió en su alegato sobre la utilidad del Derecho romano para el jurista moderno (*Presupuestos críticos*, 1942), del cual recordaremos que no se debe admirar y estudiar la obra del genio de Roma tanto porque fuera un sistema perfecto como porque fué un proceder perfecto. Si las soluciones dadas por el Derecho romano a las relaciones de trabajo no constituyen un arquetipo para los elaboradores del Derecho laboral, siempre será interesante contemplar el esfuerzo de la *Prudentia iuris* en este sentido.

El libro que reseñamos tiene como tema el objeto material, el trabajo, subordinando a él la sistemática de las formas jurídicas, respondiendo así a las directrices de esa moderna rama de la ciencia jurídica. Por ello, junto a la parte, naturalmente, más extensa de las obligaciones del trabajo, encontramos el estudio de su relevancia en otros sectores y de su disciplina y tutela.

El supuesto sobre el que comenzó su labor el Derecho romano comprendía tres elementos: el prodominio del trabajo servil, la autosuficiencia del grupo familiar, el carácter agrario de la economía más antigua. Las primeras formas contractuales debieron referirse a la cesión de esclavos juntamente con animales en los momentos de mayor necesidad de las labores agrarias. El Derecho clásico no muestra una doctrina general; da soluciones particulares, valorando el trabajo en la especificación, en la compraventa, en la sociedad y en los contratos innominados. Solamente Juliano y Celso, en torno a las *operae libertorum*, configuran la relación jurídica autónoma. Cuando en el ambiente del Derecho postclásico—la acción del Estado, las doctrinas morales de los filósofos y las religiosas del Cristianismo elevando la estimación del trabajo—no se produce una análoga revisión de las formas legadas por el Derecho clásico, éstas revelan su capacidad para adaptarse a las nuevas concepciones.

En Roma, todo trabajo retribuido—sea intelectual, artístico o manual—es algo, moral y socialmente, inferior; jurídicamente, es relevante en cuanto presta utilidad a un tercero. Más que con una cosa natural se identifica con un acto. Con este motivo, la relación no fué atraída por la compraventa, en que el objeto transmitido era la cosa, sino por el arrendamiento, relación obligacional en que la cosa, rigurosamente, no se transmite, sino que se pone a disposición del acreedor para que éste obtenga sus frutos. En una sucesión lógica e histórica corresponde al *servum locare* el *locare se* de los libres que se contratan para trabajar. El *operas locare* se insinuará en la *l. c. operarum*, pero sobre ésta pesará ya la tradición formada en la esfera del trabajo servil. Despegándose de ella corren dos ideas, una que sólo se formula como orientación social: llevar el contrato de trabajo a la compraventa; otra que sí deja su huella en la jurisprudencia: considerar su objeto, no una *res*, sino un *factum*. La inclusión del trabajo como fruto y la conceptualización de su obligación como de dar y como de hacer, llevan, asimismo, la impronta de una relación modelada en la entrega del esclavo. La *opera* es específica e individual, por sus condiciones subjetivas (edad, vigor físico, arte) y objetivas (tiempo, oportunidad); es decir, toda obra es una especie; su prestación es insustituible, excepto que la causa no se considere alterada fundamentalmente (ejemplo: las obras de ínfima calidad de los esclavos). La obra está íntimamente ligada al tiempo en que debe prestarse; se rechaza la validez de un pacto en que no se tenga en cuenta (ejemplo: hacer en un día cien obras pictóricas). La vinculación al tiempo tiene como fondo sociológico la vida agraria, las faenas estacionales. El Derecho clásico ha considerado el trabajo como no fungible, a salvo la voluntad de las partes, mientras que el justinianeo invierte este orden.

La jornada es una unidad indivisible por horas, en lo que domina un criterio económico. La obligación laboral de servicios es de las *in dando*, la de obra hecha, *in faciendo*. El Derecho postclásico refunde ambas en la segunda categoría, pero aun entonces subsiste el sometimiento de la persona propio de la obligación de dar; hasta el punto de que es más clara su fisonomía de relación dominical que de patrimonial. Las obligaciones

operarum decaen si le sobreviene al patrono una *capitis deminutio*; éste no puede ser representado, como normalmente, por su siervo; tiene que contratar directamente.

La obligación imposible es nula, bien se deba a una causa objetiva o a la edad o enfermedad del obligado. El pensamiento clásico no establece un criterio absoluto, sino discrecional, que, respecto a la imposibilidad derivada de la menor edad o la enfermedad, admite sustituir la nulidad por mera suspensión. En cuanto a licitud, se acumulan todas las valoraciones morales y sociales. No es lícita la obra contraria a la honestidad o a la dignidad o en que pelagra la vida del operario o puede menoscabar su libertad (*onus libertatis*). La indeterminación relativa es fuente de numerosas cuestiones. Primero, en la retribución. Si se encarga una obra gratuita, se trata de un mandato. Si se fija un precio, de la *l. conductio*. Pero si nada se ha indicado, existe una protección que configura jurídicamente el hecho del negocio, concediendo al que ha prestado el trabajo una acción para exigir el precio. La indeterminación de la obra puede ser resuelta por un *merum arbitrium* del señor o por un criterio objetivo: lo *arbitratus boni viri*. La primera solución coincide con la índole dominical indicada. Pero pronto se introdujo una corrección favorable a la segunda en el contrato de obra y en los agrarios.

El incumplimiento de la obligación, bajo el principio "obra preterida, obra perdida", fué por el Derecho clásico diversamente calificado, aludiéndose a los conceptos de dolo, custodia, impericia, según la clase de aquélla. Los postclásicos y Justiniano incluyen dogmáticamente la materia en la teoría del dolo y de la culpa. El perecimiento por culpa del operario produce la *perpetuatio obligationis* y una condena a su prestación estimada por el valor real de la obra y no por el interés del patrono. La mora en la prestación se origina desde la *interpellatio* y produce la perpetuación hasta que naturalmente cesa su oportunidad y se considera *peritae*. La mora sólo puede ser purgada en la obligación de obra, no en la de servicios, que está ligada al tiempo. La *fideiussio* implica la responsabilidad del fiador por el incumplimiento y nunca una obligación análoga. Cualquiera, pues, un ciudadano, puede afianzar las *operas libertorum*.

El Derecho clásico niega la transmisibilidad de la obligación ex contrato con dos excepciones para la que nos ocupa: la sucesión universal y expedientes prácticos de índole novatoria que no atacan al principio general. Respecto a la extinción actúan los modos comunes y otros peculiares, como la muerte y la *capitis deminutio*, el perecimiento de la cosa sobre la cual se ejercita el trabajo y ciertas variaciones en la condición social (el matrimonio del liberto que presta obras).

Las fuentes de la obligación son fundamentalmente dos formas de la *l. c.*: *operarum* y *operis faciendi*. A la primera pasan los caracteres del *servum locare*. Creemos que muchas de las cuestiones anteriormente tratadas habrían ganado en claridad si esta importante distinción se hubiera señalado al principio. Debe observarse la distinta posición de las personas: en el contrato de obra el operario es el conductor; mientras en el de servicios lo es el patrono o señor. La obligación de obra hecha

se configura desde el principio como de hacer. Más bien que una común evolución desde la obligación de dar a la de hacer, este proceso se verifica sólo en la *l. c. operarum*. Por otra parte, la *mutatio domini* de la cosa entregada para trabajar sobre ella, introduce un contenido peculiar en la *l. c. operis*, siendo su principio dominante, como lo es en la *l. c. operarum* la subordinación personal del operario.

Es de menor interés para el "Derecho laboral" el estudio de aquellos negocios jurídicos que tienen el trabajo como uno de sus elementos (ejemplos: la compraventa en comisión del producto elaborado, la especificación), e igual ocurre con la esfera de las profesiones liberales mientras no se le aplique la *l. condutio*. En realidad, el problema social sobre el que se erige el Derecho del trabajo está dentro de los límites de la *l. c. operarum*. Si nos fuera permitido sintetizar la evolución experimentada por el Derecho romano, diríamos que se produce en el sentido de hacer pasar el centro de gravedad de la relación desde la persona del operario a las obras. Sólo así se llega a lo que con una intención peyorativa es designado como carácter propio de la regulación romanista del contrato de trabajo: el apoyarse en la obra y prescindir del operario. Justamente, el proceso inverso se exalta y aclama como el gran avance del moderno Derecho social. Pero no debe olvidarse que la marcha seguida por el Derecho romano llevaba consigo también la liberación de la persona. El tomar la dirección contraria en un aspecto, ¿no arrastra a tomarla también en el otro? El libro de Hilario Belloc sobre el Estado servil ya penetró profundamente en esta dimensión de los "avances sociales". Mayor seguridad para el trabajador, pero también mayor sujeción: es la fórmula de la antigua esclavitud. La visión de la historia del Derecho romano en este asunto puede ser muy útil a los juristas que hoy tratan de dar forma al Derecho laboral para orillar los peligros de un puro retorno al *servum locare*.

R. GIBERT

MARTINEZ MORA (Eduardo): "La sociedad mercantil como objeto de otras sociedades". Conf. Col. Not. Valencia, 1947. Un folleto de 41 páginas.

Es un título o denominación bajo el que pretende agrupar las diversas formas sociales que presuponen la existencia de otras, y en tal sentido éstas son objeto de aquéllas.

Pueden formarse tres grupos: 1.º Sociedades cuya finalidad es facilitar o contribuir a la creación de otras sociedades mercantiles propiamente dichas: *Presociedades*. 2.º Supuesta la creación de una sociedad mercantil, sociedades cuya existencia depende de la primera por estar implicadas en ella: *Subsociedades*. 3.º Sociedades formadas de otras o con otras: *Postsociedades*.

Dentro de las *presociedades* distingue las sociedades previas o presociedades propiamente dichas, que comprenden las sociedades de ensayo y las de estudio, y aquellas otras sociedades que no se hallan ligadas a la sociedad, que constituye su objeto más que por vínculos contractuales,

tales como los sindicatos de emisión, de colocación de venta y de garantía de acciones.

Los principales problemas planteados por las *subsociedades* derivan de la necesidad de establecer la intervención del accionista en la vida de la sociedad, que ha sido limitada por los Estatutos y Reglamentos.

Se refiere a las diversas clases de acciones y a los sindicatos de accionistas, que, generalmente, adoptan la forma de sociedades civiles, citando, entre otras formas parasocietarias, de contornos imprecisos, la masa activa o de acreedores de la quiebra y el voto de los Bancos en las juntas generales de aquellas sociedades cuyas acciones se hallan depositadas en ellos.

Para enmarcar la figura de las asociaciones de obligacionistas no cree necesario ni el injerto del fiduciario ni la invocación de los artículos 1.666 y 35 del Código civil, prefiriendo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil) y mediante el uso y la jurisprudencia preparar el camino al legislador, como en otras instituciones ha ocurrido con fortuna.

En las *postsociedades* es requisito indispensable que se forme una sociedad con elementos constitutivos de otras, lo cual no resulta claro cuando se trata de Bancos cuyo fondo comercial se confunde con su elemento operativo.

En el aspecto económico, apunta cuáles sean las notas características de las diversas formas sociales de uniones de empresas, distinguiendo, en el aspecto jurídico, en el marco de nuestro Derecho, las voluntarias de las legales, las parciales de las totales y, dentro de estas últimas, la fusión de la absorción.

Crítica las reglas contenidas en nuestro Código de Comercio y, en relación con las concentraciones legales, cita algunos ejemplos ofrecidos por nuestra legislación.

Cierran la conferencia unas palabras de contenido metodológico.

E. VERDERA y TUELLS.

MORI-CHECCUCCI.—“*Appunti sulle obbligazioni naturali*”.—Génova, 1947.

La vieja y manida cuestión de las obligaciones naturales, que en otro tiempo suscitó enconadas disputas, tanto en la doctrina romanista como en la civilista, se ha reavivado últimamente en Italia, donde un buen número de autores se ha polarizado en torno al problema interpretativo que origina el artículo 2.034 del nuevo Código italiano.

La discusión ha dado lugar a nuevas aportaciones para la problemática de la “obligatio naturalis”, y, sobre todo, ha contribuido de forma decisiva en la perfilación de ciertos rasgos y conceptos, que aun habiendo sido anteriormente objeto de examen, no alcanzaron tan preciso modo al ser formulados. En este sentido, el libro de Mori-Checcucci ofrece algunos puntos interesantes que merecen ser puestos de relieve. El hecho de tra-

tarse de un jurista poco conocido obliga a reconocer de forma más destacada los aciertos del estudio que comentamos, porque el tema de las obligaciones naturales siempre fué en Italia campo propicio para los grandes maestros.

Defiende el autor la naturaleza esencialmente unitaria de los deberes morales y sociales a que se refiere el mencionado artículo del Código civil italiano, en contra de aquellos autores que se esfuerzan por hacer un distingo entre los comprendidos en el primer apartado y aquellos otros a que se alude en el segundo. En ello se sitúa dentro de la moderna teoría, sostenida, sobre todo, por la doctrina francesa y gran parte de la italiana, que concibe las obligaciones naturales como simples deberes morales o sociales de carácter metajurídico, frente a la doctrina germánica, dominante también en el campo romanista, que ve en ellas un vínculo jurídico imperfecto (*debitum*), caracterizado por la ausencia de responsabilidad patrimonial (*obligatio*) (teoría de la separación entre *Schuld* y *Haftung*). De hecho, es aquella corriente de opinión la que inspiró la redacción del precepto, y todo esfuerzo por encontrar esta distinción en el derecho actual, cualquiera que sea la fortuna que tenga para el Derecho romano, encontraría el serio obstáculo de una realidad que ya superó un estadio anterior, y, en el derecho italiano, una disposición legislativa de carácter terminante.

Para superar el distingo de los dos apartados del artículo 2.034, Mori-Checcucci defiende el fundamento moral de los deberes de que se habla en el segundo párrafo, concretamente del deber de cumplimiento de las deudas contraídas en juego o apuesta, estudiando también el carácter ético social de las "obligaciones naturales" que sobreviven a obligaciones jurídicas extinguidas.

Seguidamente examina si puede encontrarse una divergencia substancial entre deberes morales y sociales del primer apartado y los deberes indicados en el segundo, desde el punto de vista de la *patrimonialidad* de estos últimos, por oposición a los primeros. Acertadamente niega que este criterio pueda servir para diferenciarlos, porque la *moralidad* y *socialidad* deben entenderse contrapuestas a la *juridicidad*, y no a la *patrimonialidad*, ya que por no haber sido elegido un modo de cumplimiento patrimonial (prestación) en lugar de otro cualquiera, los deberes morales dejan de ser extrapatrimoniales. La patrimonialidad en sí misma emerge como un requisito esencial, íntimamente ligado al concepto de aquellos deberes, en orden a los que se afirma la exigencia de atribuirles una relevancia jurídica en el caso de que fueran espontáneamente cumplidos (las llamadas obligaciones naturales).

Individualiza el autor, al objeto de su estudio, tres grupos de deberes: Un primer grupo de deberes (morales) absolutos, cuyo cumplimiento (pago) se considera de igual modo que si se tratara de un acto a título oneroso; un segundo grupo de deberes (morales también) relativos, respecto a la cuantía de la prestación impuesta, cuyo cumplimiento, no obstante, es tratado lo mismo que el de un acto a título oneroso; y, por último, un tercer grupo de deberes (estos sociales) relativos desde todo punto de vista,

y cuyo cumplimiento se considera como si se tratara de un acto a título gratuito.

La parte más saliente del libro, prescindiendo de momento de aquella en la que se estudia la obligación natural como "iusta causa" del enriquecimiento, a que después nos referiremos, es la dedicada a definir la naturaleza del acto de cumplimiento de las obligaciones naturales. Porque, excluido que en el concepto de la llamada obligación natural se pueda ver un vínculo jurídico calificable de obligación, u otro vínculo, si bien de diversa naturaleza, con estructura análoga a la de la obligación jurídica; suprimida legislativamente la producción por parte de la o. n. de aquel conjunto de efectos que son peculiares de la obligación jurídica propia, y en particular la acción, y con esto, excluida la posibilidad de asimilar una y otra; y puesto de parte que el efecto último de la o. n.—*soluti retentio*—, único evidente, sea idóneo, por su equívoca referencia a diversas causas, para esclarecer el concepto de la o. n., el interés de centrar toda la atención en el momento del acto de cumplimiento es más evidente.

La naturaleza jurídica del cumplimiento de una o. n. es decisiva. La consideración del cumplimiento como pago tendría su reflejo, no privado de fundamento, en la calificación del vínculo. Y esto no solamente para quien defienda una asimilación, siquiera imperfecta, de la o. n. a la obligación jurídica, o viese en ella un vínculo jurídico de deuda (*debitum*) sin responsabilidad (*obligatio*), sino también para quien, como Salvatore Romano ("Note sulle obbligazioni naturali", 1945)—que excluye la existencia de un vínculo jurídico—, se limite a forjar el concepto de la obligación natural dentro de un cuadro específico, relacionado con la amplia acepción de los deberes morales o sociales patrimoniales, y circunscrito a un campo de relaciones construidas de forma paralela, sobre el modelo de las obligaciones jurídicas propias, y a las que les serían aplicables los conceptos de *acreedor*, *deudor* y *prestación*, en sentido analógico.

Mori-Checucci distingue, en cuanto al cumplimiento de las o. n., tres supuestos: 1.º El de aquellas prestaciones en cumplimiento de o. n. con el nombre de *liberalidad*. 2.º El de aquellas prestaciones en cumplimiento de o. n., fundadas sobre deberes morales que tienen por objeto prestaciones no determinadas, ni determinables cuantitativamente en términos absolutos, sino sólo relativamente, que en el sistema se designan con el nombre de *liberalidad*, pero que la ley trata de hecho como *no liberalidad*. 3.º El de aquellas prestaciones en cumplimiento de una o. n. basadas sobre deberes morales que tienen por contenido prestaciones cualitativamente determinadas o determinables en términos absolutos, sin necesidad de recurrir a criterios de relatividad, que en el ordenamiento se designan con el nombre de *pagos* y son tratadas como tales.

Con indudable acierto salva el ya clásico dilema "causa solvendi", "causa donandi", situando la cuestión en un plano diferente. Niega que el cumplimiento de una o. n. tenga la naturaleza jurídica propia de un pago o de una liberalidad. Se trata, a su juicio, de una simple apariencia.

Mori-Checucci llega a estas conclusiones después de hacer un cuidadoso estudio sobre la naturaleza jurídica del pago, porque la solución del

problema dependía en muy grande parte de esta forzosa premisa. Tal desviación en la marcha del trabajo se justifica plenamente desde el punto de vista dogmático, y, además, se imponía al abordar la tan debatida disputa de si la entrega en cumplimiento de una o. n. debe ser *voluntaria* o simplemente *espontánea*.

El libro acaba con el estudio de la o. n. como justa causa del enriquecimiento. Es aquí donde el autor llega a formular del modo más completo las líneas esenciales de un concepto, que si bien ya había sido genialmente intuido por Endemann y Carnelutti, no fué enunciado con tanta precisión.

La concepción objetiva del enriquecimiento—según la cual la antijuricidad (*ilegalidad* en la terminología de Muñoz Lagos) y la inmoralidad del incremento patrimonial conseguido por el "accipiens" no son elementos constitutivos del supuesto de enriquecimiento sin causa, ni son requeridos por la "condictio", bastando simplemente su *ajuricidad* (*ilegitimidad* en el decir de Muñoz Lagos) para que el enriquecimiento sea atacable—no excluye en lo más mínimo que la ley reconozca en determinados deberes morales o sociales causas justificantes del enriquecimiento y de su inamovilidad.

La llamada obligación natural no es otra cosa que una "iusta causa" del enriquecimiento, consistente en un deber, de contenido rigurosamente patrimonial, dictado por las normas morales o por las costumbres, cuyo cumplimiento, actuando mediante una prestación espontánea, es aproximado por la ley, ya al pago (cumplimiento de deberes morales), ya a una liberalidad (cumplimiento de deberes sociales).

En suma, Mori-Checcucci consiguió escribir un libro sobre o. n. que aun no añadiendo esencialmente nada nuevo a la elaboración doctrinal anterior, cuyos elementos dispersos aprovecha, es original por la forma de enfocar el problema estructural de la "obligatio naturalis".

Juan Bautista JORDANO BAREA.
Doctor en Derecho.

MORINEAU.—"Los derechos reales y el subsuelo en México".—Méjico-Buenos Aires, 1948.

El autor intenta determinar la naturaleza del subsuelo minero y petrolero, problema sobre el cual la doctrina mejicana presenta las más variadas opiniones. A su juicio, la causa de esta divergencia radica en las diferentes calificaciones jurídicas respecto a los derechos reales. Se propone poner en claro la esencia de estos últimos, comparándolos con los de crédito. Este es el contenido de la primera parte de la obra, que ocupa casi todo el volumen. Basándose en las conclusiones que en ella obtiene, intenta resolver en la parte segunda la controversia entablada en referencia al subsuelo.

No se encuentran en la ley mejicana argumentos que permitan diferenciar los derechos reales y los de crédito. Acude para ello a la doctrina: Examina y rechaza las teorías clásicas, sin ocuparse de cuanto se ha escrito sobre el tema desde Rigaud, y pretende presentar una teoría "propia".

Partiendo de la bilateralidad del ordenamiento objetivo (crea derechos y deberes), define el derecho subjetivo como *facultad* de hacer o no hacer derivada de una norma objetiva de Derecho y el deber jurídico como imposición de una actividad *obligatoria*. Sin ánimo de criticar estas definiciones que no parecen aceptables, hemos de advertir que, al no encuadrar estos conceptos en la relación jurídica, se disloca el problema, marcándole límites inaceptables y, además, se obtienen nociones imprecisas, tanto técnica como sistemáticamente.

El derecho no se da para las cosas, sino para las personas, atribuye actividades humanas; su objeto no es esa actividad en ejercicio, sino la misma actividad contemplada como "posibilidad de actuar".

De esta forma, para Morineau, el derecho real no es derecho sobre cosas, sino "a la propia actividad que se refiere a cosas", y el deber jurídico correlativo es "el que surge en los demás de abstenerse de perturbar". Por eso el sujeto pasivo está en ellos indeterminado; por el contrario, en los derechos de crédito tal sujeto se determina individualmente y es a él a quien se atribuye prestar el objeto del derecho, la actividad de hacer o no hacer.

Pero el derecho real también puede atribuir deberes a su titular (prohibiciones legales de toda clase); ahora bien, esas obligaciones no se refieren a su contenido, sino que vienen simplemente a delimitarlo. Tampoco en esto podemos concordar: los derechos reales no se otorgan y protegen en beneficio exclusivo de una sola persona, sino buscando que su ejercicio cubra del mejor modo el interés colectivo; los límites que se les imponen no son extrínsecos a ellos, sino que vienen a definirlos, indican cómo desea la ley configurarlos para mejor servir al bien común.

El autor deduce de todo lo dicho esta *original* (?) teoría: los derechos reales son atribuciones de actividades humanas que recaen sobre cosas.

Analiza también la posesión. El artículo 790 del Código civil mejicano dice: "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho..."; de tales palabras parece inferirse que en él se recoge la doctrina de Ihering de la posesión como hecho, y así lo han entendido la mayor parte de los tratadistas de aquel país. Pero, según Morineau, el precepto no puede ser interpretado de esta manera simplista. Afirma que el hecho de la posesión es el supuesto jurídico para el nacimiento de un derecho de posesión (también es perfectamente lícito poner en tela de juicio la originalidad de esta teoría); la posesión implica el ejercicio de un derecho, que, por tanto, debe preexistir. Y es un derecho autónomo frente a las demás especies de los reales, si bien se atribuye provisionalmente subordinándolo, en caso de conflicto, a los otros que atribuyen actividades cuya efectividad es impedida por la posesión.

Admite tres clases de posesiones: como hecho, el derecho *de* posesión, y el derecho *a* poseer (nueva "originalidad"); este último se distingue del segundo porque supone que una persona, a quien jurídicamente le corresponde poseer (propietario, usufructuario, etc.), puede pedir que se extinga el derecho *de* posesión de un tercero sobre una cosa a la que se refiere su derecho *a* poseer.

Da como probado que la propiedad es suma de varios derechos ("ius utendi", "fruendi", "disponendi", "exigendi", "optandi" y la posesión), y de aquí saca posteriormente las conclusiones de su trabajo. Esta teoría está hoy totalmente desacreditada: la propiedad es un derecho unitario, no agregado de facultades. Partiendo de ese falso supuesto, plantea el problema de si los derechos que componen el dominio podrán automatizarse dando lugar al nacimiento de derechos nuevos, enfocándolo desde el punto de vista de la posesión, principalmente.

Acaba el estudio de la posesión ocupándose de la tutela posesoria; rechaza las diversas teorías ideadas para fundamentarla y encuentra la base de esa tutela precisamente en ser la posesión de un derecho; admitiendo ésto, es lógico que se proteja como a todo derecho subjetivo (!).

Pasa después a examinar los derechos reales en particular: la propiedad intelectual, los títulos de crédito, las servidumbres y la prenda e hipoteca. Puede así comprobarse la mezcla asombrosa que el autor hace de derechos subjetivos tan dispares, sin que al menos preceda un intento clasificador, que, indudablemente, sería difícil de encontrar. Defecto innegable es también no haber estudiado en un apartado la propiedad y en otro el usufructo, a los que sólo hace referencias esporádicas sin criterio armónico de ninguna especie, aunque esas referencias son muy significativas; para nada menciona otros derechos reales, como la enfiteusis, censos, superficie, uso y habitación, etc.

Llega así a tratar de las obligaciones personales. Considerando que el criterio clásico del derecho de crédito es descriptivo y parcial, afirma que las obligaciones son derechos subjetivos que atribuyen actividades potestativas, las cuales pueden ser exigidas por una persona de otra que ha de prestarlas.

Las obligaciones y los deberes jurídicos son, a su entender, figuras diferentes porque los últimos derivan de una norma objetiva y el sujeto pasivo es en ellos indeterminado, en tanto que las primeras provienen de una norma jurídica individual y el sujeto pasivo está plenamente determinado.

El derecho de crédito es relativo, se deriva de una norma de conducta individual y hace referencia a un sujeto pasivo determinado; por el contrario, los derechos reales son absolutos, crean relaciones jurídicas abstractas y tienen siempre un sujeto pasivo indeterminado.

Esta primera parte acaba con un examen comparativo del usufructo oneroso y el arrendamiento, incluyendo el usufructo en los derechos reales y al arrendamiento en las obligaciones.

Con estas ideas por base, pasa en la segunda parte a plantear el problema de la naturaleza jurídica de los derechos sobre el subsuelo mejicano, consignados en el artículo 27 de la Constitución del país. Interpretálo en el sentido de considerar que la nación es propietaria del subsuelo minero y petrolero, no pudiendo el Gobierno enajenar esa propiedad; sólo puede otorgar concesiones para explotarlo, que nunca atribuyen al beneficiado más que un poder de apropiarse de los minerales y petróleo extraídos; no un derecho sobre el subsuelo. Así hay que reconocerlo, según Morineau,

partiendo de la base de que la propiedad nacional no puede enajenarse; y ello le lleva a concluir que tampoco pueden establecerse sobre el subsuelo derechos reales, puesto que el derecho real es un desmembramiento de la propiedad: el no enajenar la propiedad lleva consigo no enajenar parte de ella.

Esta inalienabilidad es tradicional en las leyes anteriores a la constitucional vigente, y subsiste en las que después se dictaron. De ello deduce que las concesiones sólo atribuyen derechos personales.

Si querer alterar ese criterio, Morineau desea que junto a las concesiones se den las necesarias garantías aptas para desenvolver la iniciativa privada y para facilitar la mejor explotación del subsuelo mejicano, máxima riqueza del país.

El autor señalaba al comenzar el libro que los errores al calificar la naturaleza de los derechos sobre el subsuelo provenían de criterios incorrectos respecto de los derechos reales. Y él viene con su estudio a incurrir en el mismo defecto, pues basa sus interpretaciones en la idea de que la propiedad es una suma de derechos que no pueden enajenarse autónomamente porque ello implicaría enajenación de parte de la propiedad. Su trabajo sería mucho más fundado si se adscribiera a la teoría hoy dominante—a la que no hace la mínima referencia—que considera la propiedad como derecho unitario; dentro de ella, el "omninus" puede constituir "ex novo" derechos reales a favor de terceros, sobre la cosa a que su derecho hace referencia, sin que por ello deje de ser propietario; por el principio de la elasticidad el dominio vuelve a recobrar su postura inicial cuando desaparecen esas limitaciones. Con estos supuestos, podría admitir que las concesiones establecen sobre el subsuelo derechos reales—respetándose, no obstante, plenamente la propiedad nacional—, con lo que las garantías que Morineau pide para lograr el mayor desenvolvimiento de la riqueza del país obtendrían su grado más perfecto.

Juan Bautista JORDANO BAREA.

Doctor en Derecho.

NATOLI.—"L'amministrazione dei beni ereditari", vol. I: "L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione".—Milán, 1947.

Es este el primero de los dos volúmenes en que Natoli estudia el problema de la administración de los bienes hereditarios. El segundo y último (*L'amministrazione nel periodo successivo alla accettazione*) está en prensa, al menos lo estaba en agosto de 1947.

La sucesión "mortis causa" tiende a eliminar las perturbaciones que podrían advenir a la economía normal de las relaciones jurídicas por la muerte de un sujeto de derechos: De un lado evita que se disperse el patrimonio del difunto; de otro, impide que se produzca un daño para aquellos que eventualmente hubiesen adquirido legítimamente derechos de crédito sobre el mismo.

Por eso, al extinguirse la vida de una persona, la ley llama a otra (heredero), atendiendo a diversos criterios, que recogiendo los bienes pertenecientes a su causante responde—más o menos limitadamente—por las deudas del difunto.

Los sistemas a través de los cuales se opera esta substitución personal son fundamentalmente dos: a) el francogermánico, en el que la adquisición a favor del llamado se produce "ipso iure" en el momento de la muerte del "de cuius" sin necesidad de manifestar directamente la voluntad para tal fin (salvo la posibilidad de renuncia); b) el sistema romano, en el que la adquisición de la herencia se verifica a través de un acto de voluntad (aceptación) del llamado, exipido por las graves consecuencias que derivan de asumir el título de heredero, y que si normalmente sigue—más o menos inmediatamente—a la muerte del "de cuius", puede sobrevenir con un notable intervalo de tiempo.

En esta última hipótesis, hasta que el llamado no alcanza el título de heredero, la herencia se encuentra de hecho privada de titular; para eliminar la posibilidad de que se disperse es necesario proveer a conservarla legitimando a uno o varios sujetos para desarrollar las actividades oportunas. Sobre esta base surge el instituto de la administración de los bienes hereditarios, objeto de la obra de Natoli.

En el Código de 1865 la doctrina se ocupó largamente del tema con referencia a la llamada herencia yacente. Aunque los artículos 929 y siguientes del cuerpo legal regulaban la forma de la aceptación y sus efectos, dando con ello a entender que el sistema adoptado por el legislador era el tradicional del Derecho romano, algunos autores pensaron que se había acogido el francogermánico y, por tanto, que la herencia nunca estaba privada de titular o, al menos, existía entre ella y el llamado un vínculo tal que permitía considerar a éste, "ab initio", como verdadero titular de la herencia. Afirar que la herencia se adquiría "ipso iure" en el momento de abrirse la sucesión—no obstante la necesidad de que expresa o tácitamente el llamado la aceptase—se justificaba no sólo como medio de interpretar correctamente los precedentes legislativos del ordenamiento, sino por una exigencia de carácter teórico: la necesidad de explicar cómo las relaciones de las que era titular el "de cuius" pasaban intactas al heredero; admitiendo que la herencia se adquiría al aceptarla y no "ipso iure", se había de reconocer que estaba privada de titular entre la delación y la adición, y de ello concluía que se extinguían inmediatamente todas las relaciones de que constaba, pues estaban privadas de un elemento esencial: el sujeto titular.

Se comprende, por tanto, que el problema de la condición jurídica del llamado antes de aceptar y la de la herencia entre la "delatio" y la "aditio" dieran lugar a graves dudas y numerosas polémicas, que aumentaron día a día hasta la entrada en vigor del Código actual (el de 1942). Quiso éste volver decididamente al criterio tradicional romano de la necesidad de la "aditio", y por ello prescribe el artículo 459 que la herencia se adquiere con la aceptación; para colmar la titularidad vacante existente entre ese momento y el de la abertura, se establece su eficacia retro-

activa. Pero no se afrontó de un modo completo el problema de la administración hereditaria, dejando este campo sujeto a notable incerteza.

Ello implica que sea necesario, antes de examinar la actividad dirigida a conservar la herencia, poner en claro cuál es la condición de la misma cuando está vacante y la del llamado antes de aceptar, pues así se ha de venir a precisar el ámbito del instituto de la administración de los bienes hereditarios y a esclarecer cuál sea el fundamento de la ingerencia del llamado—que el nuevo Código le concede en alta escala—en la conservación de esos bienes.

Pero el problema de la administración hereditaria no se agota identificando al heredero. Adquirir la cualidad de heredero lleva normalmente consigo asumir la responsabilidad de las deudas de la herencia; y tal responsabilidad se extiende "ultra vires" con la consiguiente confusión de los patrimonios del difunto y del sucesor. Para atenuar las consecuencias de este hecho la ley consiente a este último limitar su responsabilidad por las deudas del "de cuius" al activo del patrimonio relicto, mediante el beneficio de inventario; es decir, separar el patrimonio que le adviene del suyo, impidiendo a los acreedores del primero volverse contra el del sucesor. El beneficio de inventario tiende a hacer adquirir la herencia libre de pasivo; esto sólo es posible que se efectúe cuando los acreedores sean previamente satisfechos. Por ello, si el heredero intenta valerse de tal beneficio hay que proceder, ante todo, a la liquidación del pasivo.

Se abre así una nueva fase de la administración de los bienes hereditarios que encontró en el nuevo Código italiano un régimen más completo que en el de 1865; puede procederse a liquidar en todo caso, antes de que la herencia se hubiera aceptado, cuando la administración sea concedida a un curador nombrado por la autoridad judicial.

Este es, a grandes rasgos, el contenido del libro de Natoli. Los problemas que plantea son de verdadera trascendencia, y el examen comparativo de los Códigos de 1865 y 1942, sobre este punto, es de extraordinaria utilidad, no sólo para el derecho italiano, sino también para el nuestro, pues el artículo 459 del Código de 1942 instauró el sistema acogido por el ordenamiento civil español. Por cuanto dijimos puede apreciarse las soluciones que el autor preconiza; la elegancia de lenguaje, la lógica de la exposición y el modo sugestivo con que presenta las cuestiones mantienen en todo momento el interés del lector.

G. J. ORTEGA.

ORGAZ, Alfredo.—"Personas individuales".—Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.—433 págs.

Sea cual fuere la concepción del Derecho civil, no cabe duda que como elemento fundamental del mismo habrá que considerar a la persona, y especialmente la persona individual.

La importancia de la persona dentro de la organización jurídica moderna es trascendental, pero, sin embargo, a través de la Historia se advierte un vaivén constante en su valoración. La actualidad social y jurí-

dica ofrece el panorama consolador de la vuelta a la valoración justa del concepto de persona estimada en su esencia, como centro de atribución de derechos y de obligaciones y equiparando, en una igualdad jurídica, los términos "hombre" y "persona". Buena prueba de ello es la atención que se le ha venido prestando en los últimos tiempos, que se ha hecho patente en publicaciones de revistas e incluso en obras monográficas como la que reseñamos.

Para Orgaz, la genuina significación de la persona para poder precisar su concepto requiere, como en el teatro antiguo, dos elementos: por un lado, el individuo o la colectividad de individuos, y, por otro, la máscara, o sea, la cualidad que confiere a aquéllos aptitud para ser titulares de derechos y deberes. La personalidad (pág. 12) es, en consecuencia, "un procedimiento técnico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro".

Se estudian a continuación las diferentes clases de personas, comenzando por las individuales; en segundo lugar, se ocupa de las jurídicas, cuyo problema radica—dice—en un falso planteamiento del mismo.

Centra su atención en lo que constituye el título de la obra y se ocupa de las materias que tradicionalmente hacen referencia al Derecho de personas. Es difícil, por no decir imposible, exponer en unas breves líneas el contenido de tan extensa obra, por ello nos ocupamos de destacar lo que, a nuestro juicio, merece mayor interés.

Crítica duramente el artículo 70 del Código civil argentino (pág. 31), que preceptúa "desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas", pues de este modo se asimilan los conceptos de "vida humana" y "persona humana"; el Código civil, como se advierte en los artículos 64 y 74, entre otros, contempla el supuesto de "vida humana".

El problema de los partos dobles, el artículo 88 del C. c. argentino, a diferencia del 31 del C. c. español, lo resuelve considerando a los nacidos de igual edad, solución con la que el autor se muestra conforme, a nuestro juicio, erróneamente.

Del estudio que hace del "fin de las personas" nos interesa destacar que en relación con la muerte presunta (págs. 53 y ss.) y al estudiar los efectos de la declaración de fallecimiento sobre el vínculo matrimonial (págs. 80 y 81) no adopta ninguna posición definitiva, ni se inclina por ninguna de las que cita, siendo de notar la somera referencia que dedica a la Ley española.

Dedica la sección segunda a lo que denomina "presupuestos jurídicos de la persona" (págs. 117 y ss.), estudiando en primer término los llamados derechos de la personalidad, poniendo de relieve el desacuerdo existente en la doctrina respecto a los mismos, adhiriéndose equivocadamente a la posición de los que creen que la persona no puede ser al tiempo sujeto y objeto de derecho; olvida el autor la necesaria distinción, en esta materia, entre el todo y la parte, así como entre el poder de disposición y el poder de utilización.

Atributos jurídicos de la persona es el epígrafe que encabeza la sección tercera, en ella, tras estudiar la capacidad que divide en capacidad de hecho y de derecho (págs. 173 y ss.), enumera: estado, nombre, domi-

cilio. Niega que el nombre sea un derecho personal diciendo que es una institución de policía civil, considerándolo como "el signo que la ley impone a las personas para distinguirlas entre sí".

Define el domicilio como centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la Ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho (pág. 234); la legislación argentina define el domicilio real como el lugar donde se tiene establecido el asiento principal de residencia y negocios (art. 89 C. c.); es básico para determinar lo "el lugar donde se tenga la familia" (art. 93-94 C. c.); Orgaz estima que el domicilio es donde la persona efectivamente *vive* (pág. 248) y que "frente a la residencia comprobada no puede reconocerse una intención divergente" (pág. 250), prevaleciendo el de la residencia, que es el objetivo.

La cuarta y última sección de la obra está destinada a los incapaces (págs. 269 y ss.), estudiando: personas por nacer, menores, dementes, sordomudos, ausentes y penados.

Dos objeciones hemos de hacer a esta obra: una, por lo que se refiere a su excesiva "positividad" en el sentido de ajustarse sin discusiones, y las más de las veces sin crítica, a los preceptos legales, no olvidamos que se trata de un Derecho civil argentino, pero, de todas formas, a la doctrina le corresponde un papel más alto que el de mero servidor del Derecho positivo; otra, por lo que hace al sistema en relación con las secciones tercera y cuarta, pues algunas figuras, a nuestro juicio, tienen una colocación poco adecuada, debida, sin duda, a las causas apuntadas más arriba.

No obstante, hemos de felicitar a la Biblioteca Jurídica, que dirige el propio Dr. Orgaz, por haber puesto de nuevo de manifiesto en su obra el interés que suscita la persona, jurídicamente considerada.

Juan HERNANDEZ CANUT

SANTORO-PASSARELLI, Francesco.—"Istituzioni di Diritto Civile. I. Dottrine generali".—3.^a ed. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.—Napoli, 1946.

El Prof. Santoro-Passarelli, catedrático y ordinario de la Universidad de Nápoles, de reconocido prestigio entre los civilistas italianos contemporáneos, alcanza ahora la tercera edición de sus *Instituciones*, de cuyo volumen primero damos cuenta.

Tras una breve Introducción, se expone, en el capítulo I de la obra, la materia relativa a las personas físicas y jurídicas y a la tutela de la personalidad. En este punto distingue el autor, con precisión, de un lado, la tutela "objetiva" de la personalidad, que se traduce en normas de Derecho público (administrativo y penal), sin conceder poderes en orden a los atributos esenciales de la personalidad y que, constituyendo *bienes* para el sujeto, no son objeto de otros tantos *derechos subjetivos*; y de otro lado, como secundaria respecto a la tutela objetiva, la realizada por el ordenamiento jurídico mediante la atribución al individuo de derechos

subjetivos, llamados *derechos de la personalidad*, que garantizan al sujeto los bienes fundamentales de la individualidad y de la inviolabilidad física y moral (nombre, seudónimo, derecho sobre el propio cuerpo, sobre el cadáver, la imagen; el secreto epistolar, dignidad y grados académicos, títulos y atributos nobiliarios).

El capítulo II se dedica a las cosas, como objeto de derechos, distinguiéndolas del concepto de "bienes" y exponiendo sus diversas categorías.

De la "relación jurídica" se ocupa el autor en el capítulo III. Según él, el concepto de relación jurídica indica "la respectiva posición de *poder* de una persona y de *deber* de otra u otras, poder y deber establecidos por el ordenamiento jurídico para tutela de un *interés*". "Por efecto de la relación jurídica y de la concesión de un poder de voluntad al sujeto activo de la relación, se subordinan al interés de éste los intereses del sujeto o sujetos pasivos." Por *interés* se entiende "no el bien, sino el *valor relativo* que un bien determinado tiene para cierto sujeto, de donde resulta, entre otras cosas, que respecto a un mismo bien es posible la gradación de los intereses de varios sujetos". Señala Santoro-Passarelli que la figura típica, pero no exclusiva, de la relación jurídica *privada* es aquella en que el poder constituye un derecho subjetivo, concepto este que—según el autor—debe constituirse sobre la base de los datos legislativos, para que sirva como "instrumento de interpretación". Se inclina por la noción amplia del derecho subjetivo, que—dice—"coincide con nuestro concepto tradicional: dondequiera que al individuo se le reconoce un poder para la realización de un *interés suyo*, allí la ley constituye un derecho subjetivo".

El contenido del derecho subjetivo radica en una "supremacía del querer del titular, merced a la cual puede realizar su interés por sí solo; a esta supremacía, que puede llamarse potestad, corresponde, por el otro lado de la relación, no una obligación, sino un mero sometimiento, puesto que el sujeto aquí es verdaderamente *pasivo*, *sufre* las consecuencias de aquella potestad". Pero esta conclusión que, generalizada, sería criticable fácilmente, la atempera el autor distinguiendo entre las dos categorías clásicas de derechos subjetivos. Sólo cuando el contenido del derecho subjetivo está constituido por una pretensión ("pretesa") puede decirse—aclara—que el derecho subjetivo tiene como correlativo una obligación: el sujeto pasivo queda obligado a un comportamiento determinado, merced al cual el otro sujeto realiza su interés. Así, en la propiedad y en los demás derechos reales, dada la señoría independiente e inmediata del titular sobre la cosa, el contenido predominante del derecho subjetivo está constituido por la potestad, respecto a la cual la pretensión del titular contra los otros sujetos tiene sólo carácter instrumental. E, inversamente, en el crédito, si bien no falta el elemento potestativo, impera la pretensión correlativa a la obligación, el lado pasivo, tan importante para la esencia de la relación que le da su nombre (relación jurídica "obligatoria" u "obligacional").

La individualización de un poder determinante como posible contenido del derecho subjetivo, permite—según Santoro—entender otras dos figuras bastante discutidas: el derecho de garantía y el derecho potestativo. El poder contenido en el *derecho de garantía* es "un poder *sustancial, dis-*

tinto del derecho de crédito, respecto del cual es *accessorio*, lo mismo si se trata de garantía general que especial, personal o real. El titular tiene un poder especial sobre los bienes del deudor o de un tercero para asegurarse la satisfacción de su crédito. En relación con este fin, el poder presenta desarrollos peculiares, que preceden al momento de la expropiación: pérdida por el deudor del beneficio del término, subrogación del acreedor en los derechos del deudor inactivo, revocación de los actos fraudulentos del deudor, secuestro conservativo. Si subsisten obligaciones particulares a cargo del deudor o de un tercero, estas obligaciones son instrumentales respecto al poder del titular, no constituyen la posición *correlativa* del mismo. Esta consiste en el sometimiento del deudor o del tercero, sometimiento que, en relación a su fase final, asume el nombre técnico de responsabilidad patrimonial". Esta concepción amplia que del derecho de garantía da Santoro-Passarelli—fiel a la construcción positivista del derecho subjetivo que preconiza—está de acuerdo, en gran parte, con el contenido del Libro VI ("De la tutela de los derechos") del Código civil italiano de 1942; mas, a nuestro juicio, en la sistemática del nuevo Código italiano no están confundidas dos nociones que en la construcción de Santoro sí lo están: la "garantía (o tutela) de los derechos" y los "derechos de garantía", la primera configurada como género, y los segundos, como especie. En esto el Libro VI del Código italiano, a pesar de las críticas¹ que se le dirigen—por la heterogeneidad de sus instituciones—, es mucho más lógico, ya que en él los clásicos derechos de garantía real (prenda, hipoteca) se encuadran en sendos capítulos (III y IV del título III), independizados de los demás medios de garantía o tutela jurídica. Por lo demás, el punto básico de la noción del derecho de garantía que expone el autor (sometimiento de los bienes del deudor o de un tercero al poder del titular acreedor) se entronca con la tesis de la *Zugriffsmacht* (poder de agresión) que expusieron los germanistas, especialmente Otto Gierke, en su *Schuld und Haftung un älteren Deutschen Recht* (Breslau, 1910).

En cuanto al *derecho potestativo*, estima Santoro que, en él, el poder determinante—contenido del derecho subjetivo—se encuentra "en estado puro"; el nombre de derecho "potestativo" indica, exactamente, que "el contenido de este derecho se agota en una potestad: como consecuencia de una relación *determinada*—y, por ello, el fenómeno no puede reconducirse a la libertad volitiva del sujeto—el titular puede *querer*, con efecto en la esfera jurídica del sujeto pasivo, y éste *no puede ni debe hacer nada*, sino que se encuentra *a merced* de las consecuencias de la declaración de voluntad" del titular. La figura del derecho potestativo—según el autor—permite definir y reagrupar muchos poderes que antes escapaban a una identificación exacta, por ejemplo, el derecho de resolución privada del contrato por incumplimiento (art. 1.456 del Código civil italiano). En cierto modo, podría aplicarse aquí la crítica que el Prof. De Castro² formula a la categoría pandectista de los llamados "derechos de formación jurí-

1. Vid. por ejemplo, MESSINEO: *Manuale di Dir. Civ. e Comm.*, 7.ª ed., Milán, 1947. volumen I, pág. 31.

2. *Derecho civil de España. Parte general*, I. Lib. prelim., Valladolid, 1942, pág. 514 n. 16.

dica", y, parafraseándolo, decir que, procediendo con seriedad y rigor lógico, sería fácil llegar a la conclusión de que casi ninguna figura jurídica deja de tener carácter de derecho "potestativo"; seguramente no habrá derecho subjetivo que no encierre dentro de sí la posibilidad de alterar una situación jurídica; todo negocio jurídico la cambia necesariamente y toda persona con capacidad de realizar un acto jurídico tiene la posibilidad de actuar sobre alguna situación jurídica¹.

En el mismo capítulo III, tal vez el más interesante de la obra, se exponen—con una brevedad que, como de maestro, está llena de sugerencias—las nociones de facultad, poderes distintos al derecho subjetivo; obligación y sometimiento, cargas; relaciones jurídicas definitivas y preliminares, situación jurídica, expectativa; límites internos del contenido del derecho subjetivo; interés concreto, solidaridad, abuso del derecho y exceso de derecho. También se explican las diversas categorías de relaciones jurídicas, sus combinaciones (accesoriedad, universalidades de derecho, patrimonio general de la persona, herencia, patrimonio destinado, hacienda y sus vicisitudes. Dentro del examen de éstas comprende: la constitución y extinción de la relación y la adquisición originaria y la pérdida del derecho; las modificaciones subjetivas de la relación (sucesión, transmisión, adquisición derivativa, sucesión en las deudas, multiplicación y concentración de relaciones jurídicas, constitución de relaciones derivadas, sucesión *inter vivos* y *mortis causa*, particular y universal, sucesión en el contrato); modificaciones objetivas de la relación, subrogación real; extinción de la relación; relaciones jurídicas latentes, reviviscentes y pendientes; efectos reflejos de las relaciones jurídicas y relatividad.

El capítulo IV y último de la obra—el más extenso—trata, en sus cuatro párrafos, respectivamente, de los hechos y actos jurídicos, el negocio jurídico, la sustitución en la actividad jurídica (gestión de negocios, representación) y prueba de los hechos jurídicos; todo ello dentro de una perfecta concisión, que no excluye ninguno de los temas propios de la materia.

La obra, en suma, aun respondiendo al canon clásico de unas "Instituciones", presenta notas de originalidad y altura científica que la hacen merecedora de un estudio detenido, que no cabe en los límites estrechos de una nota bibliográfica.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

Doctor en Derecho.

Prof. A. de la Univ. Central.

TAULET Y RODRIGUEZ LUESO, Enrique.—"Derecho notarial marítimo".—Valencia, 1947; 46 págs.

La labor realizada por el Ilustre Colegio Notarial de Valencia en el campo de la producción científica se remonta a épocas ya lejanas. En la mente de todos está la por tantos motivos admirable conferencia sobre

¹ DE CASTRO: Ob. cit., pág. 516.

el tema "Hacia un nuevo Derecho civil", con que el iustre Catedrático de Derecho civil y hoy Presidente del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. José Castán, inaugurara un interesante cursillo de conferencias organizado por aquél Colegio.

El camino había sido trazado, y el ejemplo, lleno de prometedoras posibilidades, quedaba allí como una perenne invitación a que la iniciativa no se truncara.

Y aquellas posibilidades no quedaron frustradas. De ello son hoy un magnífico exponente la serie de cursillos que vienen desarrollándose en diversas capitales españolas patrocinados y organizados por sus Colegios Notariales, como los de Madrid y Barcelona.

Los resultados obtenidos son un claro exponente de que esta "aristocracia intelectual", "creadora de una literatura propia de gran interés", de que nos habla el Prof. De Castro, continúa brillantemente con renovados bríos, hoy como ayer, en una avanzadilla de los quehaceres del momento.

El folleto que motiva esta nota recoge con toda fidelidad la disertación inaugural del cursillo que tuvo lugar el pasado año en el Colegio de Valencia y constituye una cualificada muestra del alto nivel intelectual en que se mantuvo.

Su autor, el ilustre notario de Valencia Sr. Taulat, une en esta ocasión a las raras dotes de amena claridad y sutil penetración a que nos tiene acostumbrados el acierto indudable que supone la original elección del tema. Se trata de una materia abordada por primera vez en España y a la que el autor, haciendo uso de los derechos que indudablemente le corresponden al penetrar por vez primera en territorios inexplorados, ha denominado Derecho notarial marítimo.

Lo que en primer lugar preocupa al autor, ya que constituye el presupuesto ineludible de toda la disertación, es el esclarecimiento de si se puede hablar de un Derecho notarial marítimo, llegando a la conclusión de que la intervención del notario en asuntos de mar implica la existencia de un apartado dentro de la legislación notarial que debe llevar aquella denominación, lo mismo que ha adquirido carta de naturaleza la expresión "Derecho mercantil marítimo".

La tesis, por demás original y atrayente, obliga al autor, por su mismo planteamiento, a analizar los distintos supuestos en que la intervención de notario en el campo del Derecho marítimo es precisa. Esta es la razón por la que el Sr. Taulat nos conduce a lo largo y a lo ancho del Derecho mercantil, por el que tantas veces ha mostrado su predilección, tocando cuestiones y resolviendo problemas sobre los que todavía no se había manifestado. Así nos habla de la intervención del notario en asuntos del mar, del juicio que le merece el famoso Real Decreto de 1876, de su concepción del buque como algo que no es mueble ni inmueble, sino "sui generis", que merecería ser regulado totalmente en el C. de c. como una propiedad exclusivamente mercantil; de las entidades clasificadoras, de la declaración de propiedad y, en cuanto a la inscripción, se nos muestra partidario, en tanto no se modifique el sistema actual, de la necesidad de

la dualidad de inscripción, abogando, sin embargo, por una mayor relación entre los Registros de las Comandancias de Marina y el Registro mercantil, a fin de evitar que, como ahora sucede, la mayoría de las hipotecas navales se inscriban solamente en las Comandancias de Marina.

Son objeto también de estudio la compleja e interesante figura del capitán y del gestor naval, los problemas que plantean las ventas de buques, reiterando el autor la tesis defendida en otro lugar, mereciendo especialmente su atención la hipoteca naval, que, a pesar de sus inconvenientes, estima es la única forma de crédito aceptable.

En la cuarta parte del trabajo se ocupa del crédito naval, del empleo de las actas de notoriedad para acreditar los usos y costumbres del puerto, no sólo a los efectos del plazo de descarga de mercancías, sino también para las estadías, o a los efectos de la posesión de buena fe como medio de adquisición de la propiedad. Otros supuestos de requerimiento notarial citados por el autor son las protestas de averías, a las que el Reglamento Notarial denomina "de arribada forzosa de buques", y el abandono, institución típica del Derecho marítimo que requiere también la intervención de notario.

Como conclusiones, el autor proclama las cuatro siguientes, que por su interés transcribimos literalmente:

1.^a La necesidad de la perfecta regulación de la materia notarial marítima, a base de que los textos de legislación marítima, que, al parecer, están en plan de refundición, recojan todos los materiales dispersos que se refieran a su autenticación.

2.^a La urgencia de elaborar un proyecto de Anexo al Reglamento Notarial vigente, con el título "De la intervención del notario en asuntos del mar", que contenga todo lo concerniente a la actuación del Notariado en cuestiones marítimas.

3.^a La obligatoriedad de dar a la materia notarial marítima la debida importancia en los programas de oposiciones, suprimiendo, en cambio, no pocas preguntas completamente innecesarias y fuera de lugar.

4.^a La conveniencia del conocimiento de una o dos lenguas vivas extranjeras para aquellos notarios que hayan de prestar servicios en poblaciones con puerto de mar, colocando al Notariado en iguales condiciones con otros profesionales que aspiran a intervenir de modo exclusivo en asuntos marítimos.

En esencia, este es el contenido de un estudio que el autor califica modestamente de "charla", y en el que la necesaria limitación de espacio ha logrado compaginarse plenamente con la profundidad e interés de las cuestiones tratadas.

E. VERDERA y TUELLS.

“Travaux de la Commission de réforme du Code civil”.—Paris, 1947.—
COSTE-FLORET: “Le Code civil et les codifications étrangères”, y
MALLET: “Le Code civil et la doctrine”.

En este volumen, primero que se publica sobre los trabajos de reforma del Código civil francés, inclúyense estas dos relaciones, presentadas por el Secretario general permanente de la Comisión revisora, debidas al profesor Coste-Floret, la primera, y al magistrado Mallet, la segunda.

Coste-Floret analiza en la suya la influencia del “Code” en las legislaciones extranjeras.

Los Códigos anteriores al francés—afirma—son trabajos parciales que reflejan el pensamiento de su autor, no verdaderas obras de reforma y unificación. Cuando el “Code” se publica, su influencia es tal que poco a poco penetra en la mayor parte de los Estados europeos; causas políticas favorecen la penetración: después de las victorias napoleónicas el cuerpo legal francés se va introduciendo en los países invadidos. Pero conviene no olvidar que no dejó de haber Estados que voluntariamente adoptaron la obra codificada de Francia; por tanto, no sólo fueron causas políticas las que explican su triunfo.

La influencia del “Code” en el derecho positivo europeo de aquella época es enorme; las cualidades de aquél la justifican plenamente. Tal vez imponerlo en los países vencidos fuese más bien causa de desprestigio que de propaganda; así, en Alemania, la victoria del movimiento anticodificador se debe más a la antipatía contra el emperador que a los ataques de Savigny; en otros Estados, por igual motivo, la obra francesa se abandona o se modifica profundamente.

Pero pasadas esas reacciones fundadas en causas políticas, el “Code” constituyó—y constituye aún—un monumento jurídico que llegó a dominar la mayor parte de las codificaciones extranjeras, forzadas a buscarlo de modelo.

El Código de Napoleón fué el patrón de todos los cuerpos legales de XIX. Por el contrario, los del presente siglo se apartaron de él. Desde 1900 se le considera un modelo anticuado, y el Código alemán pasa a ocupar su puesto y se constituye en centro de reacción contra los franceses; mas, a pesar de ello, este último sigue influyendo modernamente en las codificaciones de algunos países (Venezuela, Méjico, Letonia, etc.).

El “Code” es hoy una obra grandiosa de la historia del Derecho, pero ya no traduce todas las enseñanzas de la ciencia jurídica; ciento cincuenta años pasaron desde que se publicó, y aunque en él se contenga la cultura jurídica tradicional, las más recientes legislaciones atestiguan que ha envejecido. La vida del Derecho no se detiene jamás, sigue el ritmo de los acontecimientos sociales y políticos; el desarrollo económico y el progreso de la ciencia modifican su equilibrio.

Estas son las causas de la reacción contra el Código francés, que se manifiestan de un doble modo: en la técnica codificadora y en las concepciones jurídicas.

La primera de estas dos objeciones fué puesta de manifiesto por los

jurisconsultos alemanes, cuyo espíritu dogmático no se amoldaba a una obra práctica. Y así, el Código alemán respondió a esa tendencia de técnica legislativa: da a las definiciones una importancia desconocida en el "Code", enunciando la teoría de la ley y del acto jurídico, los principios esenciales del derecho de la persona y de los bienes, en una parte general que recoge abstractamente las reglas jurídicas para desenvolverlas concretamente en la especial.

La influencia de este Código en el siglo XX es manifiesta; circunstancias de diverso orden le permiten penetrar en Europa y América e inspirar la mayor parte de las codificaciones recientes (Suiza, Brasil, Turquía, China, Argentina, etc.).

Pero el alejamiento del Código francés se manifiesta también en las concepciones jurídicas: El individualismo fué sustituido por una idea social, la propiedad deja de ser un derecho absoluto para estar determinado por la medida de los intereses colectivos, el dogma de la autonomía de la voluntad está en crisis, etc.

El autor hace a este respecto un análisis de los puntos que en las modernas legislaciones obedecen más a la tendencia del Código alemán que a la del francés.

Pero—afirma—, a pesar de sus divergencias, los Códigos de inspiración germánica y los que recogen la francesa expresan una Filosofía del Derecho común, dan una forma jurídica a las mismas creencias sociológicas que implican el respeto a la persona y la defensa de la familia, traducen la misma tendencia económica fundada en principios liberales. Mas una evolución contraria al dogma de la filosofía clásica se manifestó después de la primera guerra europea: se robustece la soberanía del Estado reduciendo la libertad de los individuos, la economía socialista se desenvuelve y manifiesta con la interferencia constante del Estado en las relaciones privadas y con la puesta en práctica de las nacionalizaciones. Un Derecho nuevo se instaura sobre la base de estos fundamentos, teniendo sus extremas manifestaciones en el Código soviético y en el proyecto nacionalsocialista.

Por tanto, la revuelta legislativa de los diversos países contra el "Code" tradúcese también en el aspecto doctrinal, pues lleva a acoger principios jurídicos contrarios a aquél, que han encontrado un clima social y político apropiado para su expansión.

Este es el estado de las recientes legislaciones extranjeras frente al Código francés. El estudio de tales reacciones puede facilitar la reforma del "Code", pero no puede—según el autor—ser el móvil exclusivo que lleve a efectuarla. Afirma que primordialmente hay que atender a un análisis sistemático de la realidad francesa, ya que una buena codificación debe ser la síntesis de las doctrinas nacionales, expresándola en principios jurídicos de carácter general en los que ha de basarse la vida toda de un país.

Coste-Floret presenta una memoria correcta y equilibrada. El deseo de marcar la trascendencia del Código napoleónico no le impide reconocer su vejez y la necesidad de reformarlo. Señala con objetividad las causas

de la misma y el camino para llegar a un Derecho civil más en armonía con las condiciones económicas, políticas y sociológicas modernas, y más apto para regir la actual comunidad francesa. No aporta grandes novedades: se limita a recoger objeciones y agrupar argumentos conocidos. No por ello deja de ser útil su trabajo, pues plantea los problemas de un modo unitario, dando una visión de conjunto; esto es seguramente lo que el autor deseaba.

La memoria de Mallet es inferior, aunque tiene cierto mérito.

Comienza afirmando que el "Code", con su espíritu de equilibrio, se mantuvo en el primer siglo de su existencia con plena eficacia. Por ello Planiol pudo afirmar en 1904, al celebrarse el centenario, que no era precisa la reforma. Pero hoy unánimemente están de acuerdo en pedir su urgente revisión profesores, gobernantes, jueces y abogados; las necesidades modernas y los cambios en las condiciones de vida la imponen.

Todi trabajo constructivo requiere previamente un examen del sistema que se quiere renovar. Mallet pretende por ello pasar revista a las críticas que contra el Código civil francés se formularon, pues ellas son las que justifican y hacen precisa su reforma. Las agrupa en dos partes: críticas de orden técnico y de orden económico-social.

Respecto a las primeras, pone de manifiesto las deficiencias sistemáticas, terminológicas, de plan, y las contradicciones que en el "Code" se han observado. Luego expone las principales objeciones que a las diferentes partes del cuerpo legal se hicieron.

Con referencia al título preliminar, el solo hecho de constar artículos indica su insuficiencia, que muchas de las materias propias del mismo hubieron de quedar fuera de él.

Dentro de la "persona y familia": hay que modificar el régimen de la ausencia y de los actos del estado civil; también la filiación natural, buscando una base más justa al regularla; se necesita ordenar de una manera más precisa y en términos más generales el deber de alimentos; deben centralizarse y simplificarse los poderes paternos y proteger de modo más eficaz el interés de los hijos y el de la mujer casada, así como el de los sujetos a tutela, exigiendo para ello más garantías al tutor y rodeando sus actos de una más apretada fiscalización.

En la parte de los "bienes": hay que reformar los textos referentes a la publicidad inmobiliaria, sustituyendo el insuficiente régimen de la transcripción; también los que regulan la propiedad mobiliaria, tomando en cuenta sus más importantes manifestaciones, que alcanzaron enorme trascendencia en nuestros días; por último, es preciso establecer con claridad las fronteras entre el dominio público y privado, lo que implica delimitar previamente las zonas de uno y otro Derecho.

La materia de "obligaciones" es considerada como la más inmutable del Derecho privado. No por ello dejará de sufrir alteraciones: las teorías del precontrato y de la causa tuvieron un largo desenvolvimiento en la doctrina, el cual no puede ser olvidado a la hora de legislar; se tiene que simplificar, eliminar en cierta parte y precisar todo lo referente a transmisión y extinción de las obligaciones; la teoría de las pruebas debe

dejar de incluirse en esta parte y llevarla a la introductiva del Código; también habrá que revisar las teorías del cuasicontrato y de la responsabilidad delictual, que tuvieron un gran desarrollo en la jurisprudencia.

En el campo de las sucesiones nótese la insuficiencia de los textos que regulan las condiciones requeridas para suceder y los de la incapacidad sucesoria del "nasciturus"; por el contrario, resultan excesivos e inútiles los relativos a la indignidad y a la conmorienencia.

Pero mayor trascendencia que estas objeciones tienen las críticas basadas en el orden económico-social, que, en aluvión, se presentan por personas pertenecientes a todos los sectores profesionales del país.

Estas críticas obedecen a una doble corriente: De una parte, acentúanse los principios individualistas, puesto que la igualdad legal proclamada por la Revolución francesa y recogida en el "Code" demuestra su insuficiencia ante las necesidades de la vida moderna, que reclaman no una igualdad teórica, sino efectiva, social. De otra parte, así como el hombre de la Revolución creyó encontrar el mejor medio de tutela para el individuo en el libre juego de las iniciativas privadas y en la libre propiedad y en la libre concurrencia, el hombre del siglo XX tiende a protegerse al abrigo de las colectividades, impulsado por los hechos, y sacrifica una parte de su voluntad para poder exigir del Estado una amplia protección; es así como la idea socialista se abre camino.

El autor acaba su estudio extendiéndose en conocidas consideraciones sobre estos dos principios y sobre las manifestaciones actuales de los mismos.

La memoria de Mallet, como la de Coste-Floret, es un trabajo divulgador en el que, sin ánimo de novedad, se recogen las diversas opiniones sobre la materia; pero se diferencia de aquélla por ser más superficial y menos completa. Además, está redactada en un estilo que pudiéramos calificar de "la angustia del interrogante"; es cierto que estas comunicaciones tienen por fin presentar problemas; pero la de Mallet abunda tanto en ello que despierta la duda de si serán insolubles los muchos que p'antea. Por otro lado, las pocas afirmaciones que contiene no dejan de ser discutibles; por ejemplo: explicar el nacimiento de la socialización por un contrato en el que los individuos renuncian a una parcela de su libertad para asegurar la tutela estatal, es idea que consideramos superada; hoy la tendencia social que en el Derecho y en la vida toda se impone como más justa no aparece a través de un juego de prestaciones, sino como deber imperioso del Estado, cuyo cumplimiento deja intacta la libertad del individuo.

Por cuanto acabamos de decir, pudiera pensarse que esta última memoria es de poco valor. Y, no obstante, hemos de afirmar, por encima de sus deficiencias, su utilidad, pues suscita una serie de problemas que, aunque no se solucionen, quedan planteados a los miembros de la Comisión de reforma; de cómo se resuelvan esos problemas fundamentales depende, en gran parte, la fortuna del futuro Código. Mallet, al presentarlos, suministró abundante material para la revisión. Su labor, por tanto, no deja de ser provechosa.

G. J. ORTEGA.

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

CORBIN GARCIA, Ricardo: "La prescripción como institución única".
Revista General de Derecho, 40, 1948; págs. 9-10.

Volviendo a la conocida polémica de si en la prescripción existen dos instituciones: la usucapión y la prescripción de acciones, el autor, después de analizar los argumentos en pro y en contra, se inclina por la unidad concretada en la prescripción de acciones sin que obste a ello la sistemática que se adopte para su estudio.

DE LA MASSUE, Hubert: "Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit". *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1948; págs. 27-35.

Estima conveniente subsumir la situación jurídica del abuso de derecho, en relación con la interpretación de los contratos que son ley de las partes. Es necesario situar cada responsabilidad en la fuente de la obligación, sea contractual, sea delictual, que la comprende, no permitiendo la intrusión de la ley penal en el campo de la convención.

GONZALEZ SERRANO, José M.ª: "La Jurisprudencia y su divulgación".
Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 50, 1948; págs. 3-6.

Exalta el valor de la Jurisprudencia, cuya misión fundamental, se decir lo que la Ley no dice, bien en relación con la Ley misma: interpretándola al caso particular, bien respecto a la costumbre: fijándola y delimitándola.

LOIS ESTEVEZ, José: "La costumbre ante los principios fundamentales de la política del Derecho". *Revista General de Derecho*, 43 y 44, 1948; páginas 205-214 y 265-275.

La política del Derecho no separa en dos campos antagónicos la ley y la costumbre, sino que establece entre ellas una estrecha colaboración

como medio para conseguir que el orden positivo avance hacia la Justicia ideal.

PEIDRO PASTOR, Ismael, y RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1948; págs. 257-305.

Apartándose de las polémicas en torno a si el mayor poder comprende al derecho subjetivo o al derecho objetivo, estructuran y enmarcan un concepto poco estudiado: el deber jurídico. Los derechos subjetivos surgen de considerar al hombre, fundamentalmente, como un ser comunitario.

ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo: "El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1948; págs. 508-561.

Del examen del sistema anglosajón de los precedentes saca la conclusión de la necesaria inclusión de la Jurisprudencia dentro del cuadro de fuentes del Derecho en aras de una mayor vitalidad del mismo, saliendo así de "la posición vergonzante" que hoy ocupa, protegida tan sólo por medios indirectos y sancionada en una Ley adjetiva y de carácter procesal.

TREVINO, Gregorio: "Justicia y Derecho". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 238, 1948; págs. 179-183.

La confusión entre ambos términos deriva de que la palabra justicia se toma en dos sentidos: uno, como lo recto, lo equitativo, y otro, como virtud de dar a cada uno lo suyo o su derecho; por su parte, el Derecho puede ser considerado en sentido objetivo y subjetivo.

La idea de Justicia está en íntima relación con la de bien común, de orden temporal concebido por Pío XI en "Dirimi Illius Magistri", como consistente "en la paz y seguridad de que las familias y cada uno de los individuos puedan gozar en el ejercicio de sus derechos y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente mediante la unión y coordinación de la actividad de todos".

2. Derechos reales

A cargo de José M.^a COBINA CARREIRA.

DIAZ CRUZ, Mario: "La propiedad, función social". *La Justicia, México*, 248, 1948; págs. 9726-9738.

El presente estudio tiene como base una conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de La Habana el 13 de junio de 1945, en relación con el tema y con referencia al posible plan de organización que habían de dar las naciones vencedoras en la última conflagración mundial, respecto a los países vencidos.

El movimiento general del mundo se orienta hacia la socialización de

la tierra, como fuente de producción, y de las fuentes de producción, reduciéndose el ámbito de la propiedad privada a los edificios urbanos y, desde luego, los muebles, en relación con los cuales no hemos encontrado ni disposiciones constitucionales ni orientaciones doctrinales que les afecten; si bien el edificio privado, como instrumento de renta parece que habrá de ser objeto de regulación, que no será tan drástica, esperamos, como las medidas provisionales que actualmente rigen en Cuba.

El contenido netamente jurídico del derecho de propiedad, o sea las facultades clásicas del propietario en relación con lo que habrá de quedarle, no sufrirá modificación alguna, pues el concepto de función social, vago e indeterminado, que los autores de Derecho civil en general mencionan, pero no esclarecen, con la caída de los regímenes totalitarios del Eje no habrá de influir en el concepto jurídico del derecho de propiedad.

Esos efectos doctrinales, estimamos que por función social de la propiedad, debe entenderse la obligación o el deber del propietario de realizar actos positivos en beneficio de la sociedad.

MARINA ENCABO, Juan Francisco: "Derecho de propiedad en la Zona Española Jalifiana". *Información Jurídica*, 57, 1948; págs. 13-21.

Son dos conceptos distintos los de derecho de propiedad en la Zona española jalifiana y el régimen de la propiedad inmueble establecido por España tan pronto fué implantado allí nuestro Protectorado.

En todos los países musulmanes se distinguen, generalmente, cuatro clases de propiedades: 1.^a, la de los bienes colectivos o "yemáa" (en los poblados de la Zona no existen bienes de propios, como los de los Ayuntamientos en España, porque el Derecho islámico es completamente refractario a la persona jurídica, por ser eminentemente individualista); 2.^a, la de los bienes "habús" (son bienes inalienables, de mano muerta, destinados por los particulares a una obra piadosa y, por consiguiente, de carácter benéfico); 3.^a, la de los bienes del "Majzén" (que corresponden exactamente en nuestra lengua al término Erario o Tesoro público), y 4.^a, los de propiedad privada en general, que se conocen con el nombre de "melk".

La adquisición de la propiedad privada en Marruecos puede serlo: por título originario, llamado por los autores "ijtisas", estando representado por la concesión del Soberano o por la vivificación del particular, y por título derivativo, siendo los conocidos en Derecho.

Termina indicando el autor la necesidad de establecer una ordenación conveniente del estado caótico de la propiedad territorial en Marruecos.

MURIAS TRAVIESO, Julio: "Notas sobre la prescripción inmemorial". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 183, 1948; páginas 306-314.

Como indica el propio autor, nos presenta unas notas que faciliten el estudio de los elementos que integran el uso inmemorial en las servi-

dumbres discontinuas a través del Derecho anterior al Código civil vigente en la materia, según nuestra jurisprudencia.

La Base 13 de la Ley de 11 de mayo de 1888 determinó que se respetarian las doctrinas establecidas en cuanto a los modos de adquirir las servidumbres discontinuas. El Código se olvidó de la base y desarrolla el artículo 539 como si ésta no hubiera existido.

¿La servidumbre ha de ser inmemorial en el momento actual o debía ya serlo al empezar a regir el Código civil? De la disposición transitoria primera del Código deduce que la servidumbre sólo se origina cuando la posesión fuese ya inmemorial al empezar a regir dicho texto legal.

RUBINO, Domenico: "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia". *Revista de Derecho Privado*, 372, 1948; páginas 185-209.

Una de las instituciones jurídicas sobre las cuales, la crisis político-económica-social por que atraviesa el mundo entero, incide más profundamente y adquiere mayor relieve es la propiedad.

Dos problemas han surgido en la época moderna en materia de propiedad. Uno de ellos es el de la conservación o no de la propiedad privada individual; pero en realidad no se ha hablado seriamente en Italia de una supresión de la propiedad privada. Otro es el de los límites de la propiedad misma.

El autor trata extensamente de este segundo problema a través de las leyes especiales sobre la propiedad, entre las que cita: la de depósitos para varias materias primas de uso industrial y principalmente para géneros alimenticios; la que establece la prórroga legal de las locaciones y el bloqueo de alquileres, y la que dispone la asignación de la tierra inculta.

Va consolidándose la idea de la función social de la propiedad; es decir, la idea de que la propiedad no sirve solamente para satisfacer las necesidades y los intereses del particular que es titular del derecho, sino que en determinadas circunstancias puede ser llamada a servir también los intereses de todos los demás ciudadanos.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ABEJON, Julián: "Responsabilidad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 238, 1948; págs. 165-178.

Examina la responsabilidad civil, que aparte—dice—del precepto general que a ella dedica el artículo 1.902 del Código civil, todas las leyes orgánicas desenvuelven. Compara la responsabilidad civil en que pueden incurrir los Notarios (artículo 341 del Reglamento Notarial) con las de los Registradores, cuyas sanciones, título XI del vigente Reglamento Hipotecario) son mucho más graves.

Da fin a su trabajo examinando a través de los preceptos del Reglamento los distintos casos de responsabilidad, señalando—a la vez—las lagunas que presentan.

A. G.: "Arrendadores y arrendatarios extranjeros". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 46, 1948; pág. 3.

Como norma general, los arrendadores y arrendatarios extranjeros gozan en territorio español de la misma protección que nuestros connacionales, pero sólo en tanto se dé idéntico trato de normalidad a los españoles residentes en el país de origen.

A. G. R.: "Las viviendas protegidas y la Ley de Arrendamientos", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 39, 1948; págs. 3-4.

La disposición transitoria 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que deroga "todas las especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos", sin otra excepción expresa que la consignada en favor de la Ley de Ordenación de solares, suscita la duda de si rige la legislación de viviendas protegidas; el autor se inclina por su subsistencia, aunque matizada, en algunos aspectos, por la nueva reglamentación.

A. G. R.: "Locales para el ejercicio de profesiones liberales". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 42, 1948; págs. 3-4.

Dichos locales, así como los ocupados por Centros pedagógicos oficiales, sostenidos con fondos del Estado o de las Corporaciones públicas o de las entidades benéficas y piadosas, no tienen la consideración de locales de negocios y, por lo tanto, su régimen es el general previsto en el artículo 7.º de la Ley vigente.

A. G. R.: "Los extraños del artículo 27". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 44, 1948; págs. 3-4.

La aparente contradicción entre el primero y segundo párrafo de este artículo, que recoge el problema de la convivencia, desaparece si distinguimos dos índoles de relaciones: internas (con el inquilino) y externas (con el arrendador). En cuanto a las personas que deban de considerarse "extraños" a los efectos de este artículo, el autor, basándose en el artículo 34 del propio cuerpo legal, considera como tales los que excedan del segundo grado y, naturalmente, las personas no unidas al inquilino por relación parental alguna.

Cuando el número de personas que convivan, dentro de las circunstancias vistas, excedan de dos, se eleva la renta en un 10 por 100 por cada una de las que excedan.

ARCHANGO, Santiago: "Orden de 25 de octubre de 1947, en relación con el párrafo cuarto del artículo 126 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Revista de Derecho Privado*, 370, 1948; págs. 40-44.

Comenta dicha Orden, que aplaude, estudiando las distintas cuestiones que con su vigencia han surgido. Señala una cierta pugna entre los ar-

títulos 2.º y 3.º de la Orden y sus concordantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sobre todo en lo que se refiere a los plazos y las viviendas y locales de negocio desalquilados.

BALBI, Giovanni: "Liberalidad y donación". *Rivista del Diritto Commerciale*, 46, 1948; págs. 157-199.

El negocio gratuito es el género, la liberalidad es una especie de éste y el contrato de donación es la principal liberalidad (pág. 177).

El contrato gratuito tiene por efecto la atribución patrimonial de uno o de varios derechos patrimoniales a favor de una de las partes, sin que a la otra parte se le atribuya un derecho patrimonial, y hay también contrato gratuito cuando, aun habiendo atribución patrimonial en favor de ambas partes, los derechos atribuidos a una de ellas no sean correspondientes con los derechos atribuidos a la otra, ni siquiera parcialmente (página 158).

El contrato de donación es un contrato típico y nominado (pág. 158), caracterizado por la "espontaneidad" (pág. 165) y porque su eficacia consiste en la atribución en favor del donatario de un derecho real de goce, de modo inmediato, atribuyéndole un derecho real de goce idóneo al fin ("dando"), o bien de modo mediato por medio de una relación obligatoria ("obligando"), cuyo cumplimiento da lugar a aquella atribución (páginas 168, 169, 199).

La liberalidad comprende, además de la donación, aquellos otros negocios que la norma considera como causantes de los mismos efectos propios del contrato de donación o de efectos equivalentes (págs. 175, 177); así, negocios unilaterales, como la renuncia donativa, y contratos gratuitos, que no son donación por faltarle algún requisito, como el de la espontaneidad (donaciones conforme al uso, cumplimiento de obligación moral) (pág. 175 sig.).

Se rechaza el concepto de donación indirecta, pues (aunque fuese admisible el concepto de negocio indirecto) siempre que se habla de ella se trata de donación, de renuncia donativa o de negocios típicos, regulados por normas diversas de las de la donación (págs. 173, 196).

R.

BLANCO GARCIA, Modesto: "Unas breves consideraciones sobre la Ley de Ordenación de solares". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1948; págs. 562-575.

Con esta ordenación la propiedad pierde su antiguo carácter para estar dirigida exclusivamente hacia la colectividad; pretende resolver el grave problema social de la vivienda aun a costa de la pequeña propiedad urbana, que se evaporará al calor de las grandes empresas constructoras. Examina los problemas que plantea su aplicación, antes de publicarse el Reglamento, y aspira sobre todo a la armonización de la Ley de Ordenación de solares con la especial de Arrendamientos urbanos vigente.

CANOVAS COUTINO, Ginés: "El arrendamiento y lo institucional". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 239, 1948; págs. 229-241.

Del examen del concepto de institución a través de los principales autores que de la misma se han ocupado y de su cotejo con los elementos del arrendamiento, llega a la conclusión de que el arrendamiento no tiene las características de la institución, pues, como dice Moreno Mocholi, si se convalida la idea (arrendamiento-institución) en modo alguno será ya verdadero arrendamiento, pues destruido su peculiar contenido económico-jurídico habría dejado de existir.

DURAN, Paul: "Le role des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat". *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 2, 1948; páginas 155-182.

El contrato se forma en un medio social organizado por la autoridad pública, que cuenta con los agentes necesarios para intervenir en una serie de contratos, no de un modo preciso, sino tratando esencialmente de secundar la voluntad de las partes, permitiendo la libre expresión de su consentimiento. Se opone a la excesiva intervención del Estado, aun admitiendo que en algunos sectores ésta es necesaria, siempre y cuando las prerrogativas del Poder público no ahoguen las libertades esenciales.

FEDELE, Alfredo: ¿Juego o apuestas? *Rivista del Diritto Commerciale*, 46, 1948; págs. 200-204.

Rechaza las teorías que distinguen el juego y las apuestas, afirmando la existencia de un distinto elemento objetivo (pág. 201) o subjetivo (página 202). Se pregunta si no sería preferible negar la misma distinción, y concluye que debe adoptarse esta tesis negativa, ya que ambas tienen el mismo trato jurídico (pág. 203). No existen dos contratos, sino uno solo: el contrato de juego en sentido amplio. Este puede definirse: un contrato esencialmente aleatorio, en el que la existencia, y a veces también la entidad, de los sacrificios de cada uno de los contratantes es objetiva o subjetivamente incierta, dependiendo de la relación de la existencia de circunstancias de contenido opuesto, las cuales de otro modo no tendrían importancia para el patrimonio de los contratantes (pág. 204).

R.

HUERTA STERN, César: "El problema de los alquileres". *Revista General de Derecho*, 42, 1948; págs. 138-148.

En un tono muy peculiar—de divulgación—, estima que, a no conculcar los principios generales de la contratación, no debe darse excesiva rigidez a la imposibilidad de modificar las rentas, pues atendiendo a la mutación de las causas determinantes puede ser necesario, incluso, sobrepasar los aumentos previstos en la Ley.

MORENO MOCHOLI, Miguel: "Sobre naturaleza jurídica del derecho del arrendatario". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1, 1948; págs. 25-56.

Es un derecho de naturaleza personal, sin que obste a tal carácter el marcado desenvolvimiento de tal figura jurídica y los particulares matices que va tomando, como se advierte en la novísima Ley de Arrendamientos urbanos, constituyendo un desbordamiento de su cauce natural por imperativo de circunstancias en las que no ha de confundirse su carácter transitorio con la intensidad del problema que revelan.

PELAYO HORE, Santiago: "Sobre la condición resolutoria". *Revista de Derecho Privado*, 375, 1948; págs. 517-529.

Después de estudiar algunos casos prácticos y de hacer una síntesis de lo dispuesto por el Derecho romano y nuestro Código civil, llega a la conclusión de que mientras unos creen que el cumplimiento de la condición suspensiva consolida, mientras que el de la resolutoria destruye, lo que realmente ocurre, es que la condición, ya sea suspensiva, ya sea resolutoria, si se cumple, consolida.

REQUENA, Angel: "El contrato de transportes y las Juntas de Detasas como Tribunales de Comercio". *Revista General de Derecho*, 40, 1948; páginas 26-29.

Critica la actual concepción de las Juntas de Detasas como organismo conciliador, propugnando su conversión en verdaderos Tribunales de Comercio, sin que contra sus sentencias se deran más recursos que el de revisión ante el Tribunal Supremo, como se ha hecho en materia de arrendamientos urbanos.

REQUENA, S.: "El artículo 67 de la Ley de Arrendamientos urbanos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 240, 1948; págs. 292-303.

Critica duramente dicho precepto, porque desconoce el hecho frecuente de que la mayor parte de rentas urbanas son bajas, y, por lo tanto, la capitalización de la renta dará un valor que, evidentemente, no responde al que tiene la propiedad, dejando, por tanto, siempre abierta la vía al arrendatario para impugnar el precio pactado. Considera que por mucha que sea la protección que quiera concederse al inquilino, nunca debe llegar, como hace el artículo 67, a convertirlo en árbitro de nuestra legislación civil e hipotecaria y de la actuación notarial judicial y administrativa.

RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L.: "Directrices generales de la novísima Ley de Arrendamientos urbanos". *Revista de Derecho Privado*, 373, 1948; págs. 354-362.

Califica de institución al contrato de arrendamiento, acentuando su nota personal, basada en un ligamen de confianza y en cierta disposición afectiva de exclusividad entre arrendador y arrendatario.

SINAY, H.: "Action Paulienne et responsabilité delictuelle a la lumière de la Jurisprudence récent". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 2, 1948; págs. 183-193.

La acción pauliana, que distingue de una serie de figuras afines, es para el autor una acción delictual fundada, bien sobre la falta, bien sobre el riesgo; en el primer caso la acción actúa sobre el "acto jurídico" fraudulento, con motivo del cual es intervenida la falta del tercer adquirente a título oneroso; en el segundo recae sobre "la cosa" que ha sido objeto de un tránsito de un patrimonio a otro.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

GROOMPONE, Romeo: "Capacidad civil de la mujer casada". *Jurisprudencia, Montevideo*, 214-215, 1948; págs. 965-996.

La Ley de 18 de septiembre de 1946 ha venido a modificar, en diversos aspectos, al Código civil uruguayo en la parte relativa al derecho de familia; por lo que el autor de este trabajo se dedica a estudiar y confrontar ambos textos legales en relación con la capacidad civil de la mujer casada, presentándonos las principales modificaciones que la nueva Ley ha introducido, entre las que merecen destacar:

- 1.º El domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los esposos.
- 2.º La mujer casada no necesita venia marital para comparecer en juicio, ni para contratar, salvo que tenga relación con bienes sobre los cuales no tenga la administración.
- 3.º La mujer casada menor de edad queda sometida a la necesidad de solicitar la venia judicial para aquellos actos que por su situación de incapaz no le es posible realizar.
- 4.º Respecto al régimen de divorcio, el nuevo texto lo ha modificado de la forma siguiente: la competencia queda determinada por el domicilio del marido; no es necesario el llamado depósito de la mujer; el privilegio de divorcio unilateral se mantiene para la mujer.
- 5.º La patria potestad será ejercida en común por los cónyuges.
- 6.º Respecto a los bienes de la sociedad conyugal, he aquí las principales características: el cónyuge que adquirió los bienes es el que los administra; la mujer tiene plena facultad de administración respecto a los dotales.
- 7.º La mujer puede aceptar libremente la herencia o repudiarla en la forma que estime más conveniente.

PUIG PEÑA, Federico: "La deuda alimenticia entre los parientes". *Revista General de Derecho*, 42, 43, 44, 45, 46 y 47, 1948; págs. 130-137, 194-204, 258-264, 322-328 y 386-394.

Entiende por deuda alimenticia familiar la prestación que determinadas personas, económicamente posibilitadas, han de hacer a algunos de

sus parientes pobres para que con ella puedan éstos subvenir a las necesidades más importantes de la existencia.

Asigna a la deuda alimenticia las notas características siguientes: naturaleza estrictamente personal de la obligación, inatacabilidad del crédito alimenticio y reciprocidad de las pretensiones.

Señala como elementos personales de la obligación alimenticia a las siguientes personas entre quienes se da esta obligación: 1.º, los cónyuges; 2.º, en la línea recta: a) filiación legítima; b) filiación legitimada; c) filiación natural, y d) filiación adoptiva; 3.º, en la línea colateral (el Código civil amplió la obligación alimenticia por la vía parental a los hermanos, siguiendo un viejo precedente de nuestras leyes históricas).

En nuestra patria, antes de la Ley de 12 de marzo de 1942, no existía ninguna sanción de tipo penal contra el deudor de los alimentos, que dejaba sus seres queridos en el más completo abandono y expuestos a perecer de necesidad.

Muestra como causas de extinción de la deuda alimenticia: 1.ª, la muerte del obligado a prestarla o del alimentista; 2.ª, cuando la fortuna del obligado a darla se hubiera reducido, hasta el punto de no poder satisfacerla; 3.ª, si el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria o mejorado su fortuna; 4.ª, cuando el alimentista haya cometido una falta de las que dan lugar a desheredación, y 5.ª, cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar los alimentos y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o falta de aplicación.

PUIG PEÑA, F.: "La relación familiar en sentido amplio". *Revista de Derecho Privado*, 373, 1948; págs. 297-315.

Al Derecho civil, como dice el autor del presente trabajo, corresponde el estudio de las relaciones de parentesco, y dentro de él, al Derecho de familia, en donde deben desarrollarse en un apartado específico, pues el criterio de algunas legislaciones de tratar el tema en lugares diversos resulta sumamente incorrecto. Sorprende, en efecto, por su falta de lugar y método, la sistemática del Código español, que desarrolla los problemas del parentesco dentro del Derecho de sucesiones, cuando la verdad es que los mismos proyectan su influencia sobre todo el campo del Derecho privado, no siendo la transmisión sucesoria nada más que uno de los apartados sobre las que ejercen su influjo aquellas relaciones parentales.

De la relación "engendrados-engendrados" surge la primera y más fundamental causa o motivo de las relaciones de parentesco, ya que aquella situación despliega su influencia de un modo absoluto y natural hacia arriba y hacia abajo. Así, pues, el parentesco resulta:

- 1.º Articulado sobre la descendencia consanguínea directa.
- 2.º Articulado sobre la descendencia directa formal.
- 3.º Basado en la ascendencia común.
- 4.º Formado alrededor de la unión matrimonial.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: "El error en las disposiciones testamentarias". *Revista de Derecho Privado*, 374, 1948, págs. 423-437.

Es suficiente el artículo 743 de nuestro Código civil para deshacer la tesis de que en nuestro Derecho se aplique a las disposiciones testamentarias lo establecido para el error en los contratos.

Ni el Código francés ni el italiano de 1865 ordenan, como lo hace el nuestro, que sólo serán ineficaces los testamentos o las disposiciones testamentarias en los casos "expresamente" prevenidos por la Ley.

Entiende el señor Albaladejo que el error debería ser tenido ampliamente en cuenta en las disposiciones testamentarias, como lo es, por ejemplo, expresamente en el B. G. B., en el Z. G. B. y en el Código italiano de 1942, y no de una forma mezquina y excepcional, como lo es en nuestro Código. Y para conseguirlo, lo necesario es admitir la llamada prueba extrínseca, ya que admitiendo sólo la intrínseca el error esencial no puede ser probado nada más que cuando es error vicio, y resulta del testamento que sin él no se habría realizado la disposición errónea.

CASTAN, José: "El problema aviológico en la sucesión testamentaria". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 183, 1948; págs. 5-14.

Surge el presente trabajo como consecuencia de un libro publicado recientemente por el Doctor don Manuel Maynar Barnolas, bajo el título: "El testamento es un absurdo". Obra en la que, a juicio del señor Castán, se llega en ella a una solución demasiado radical sobre el problema de la justificación, estimación o valoración de la sucesión testamentaria.

"Incumbe a nuestro tiempo—afirma el ilustre maestro—luchar por un Derecho hereditario más conforme con las exigencias de la justicia que el que plasma en muchas legislaciones modernas, todavía inspiradas en demasía en el espíritu individualista del Derecho romano. Y a él ha de llegarse por una doble vía: 1.^a, la de la política legislativa, que debe orientarse hacia una nueva legislación sucesoria, en la que se armonicen todos los intereses individuales, familiares y sociales y en la que se suavice el rudo contraste que ofrecen hoy los dos tipos contrapuestos de sucesión: la voluntaria y la legal; 2.^a, la de la técnica jurisprudencial, que debe aspirar a una interpretación amplia y progresiva de las normas que rigen la sucesión testamentaria, que evite pueda hacerse por los particulares un uso incorrecto o abusivo del derecho de testar.

CREHUET JULIA, Manuel: "Algo sobre la legítima". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 239, 1948; págs. 221-228.

Como dice el autor, se propone examinar una serie de problemas, muy sugestivos, que tal institución plantea, partiendo de un punto de vista: el de la finalidad de la legítima. Obteniendo las siguientes conclusiones:

- 1.^a La legítima tiene como finalidad asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal.
- 2.^a La legítima tiene campo de acción, tanto en la sucesión testada como en la intestada.
- 3.^a El título de herencia no excluye ni elimina el título de legítima.
- 4.^a El legitimario heredero puede renunciar la herencia, conservando la legítima.
- 5.^a El legitimario, como tal, no responde de las cargas hereditarias.
- 6.^a La legítima es una adquisición a título singular.

GITRAMA, Manuel: "Los supuestos de administración de herencia". *Revista de Derecho Privado*, 371, 1948; págs. 97-133.

Nuestro Código no trata la materia de la administración hereditaria con el carácter general que en sí tiene, sino con ocasión y especial aplicación a los beneficios de deliberar y de inventario. Sin embargo, fácil es colegir la extraordinaria prolijidad de supuestos en que la herencia se halla necesitada de una administración.

Comienza el autor por tratar de las personas interesadas en la administración de la herencia; refiriéndose a los herederos, legatarios y acreedores de la herencia; afirmando que el artículo 1.020 del Código civil debe ser interpretado con amplitud, por lo que hay que considerar asimismo al sustituto nombrado para el heredero, al albacea legalmente autorizado, a los herederos del heredero muerto, a los cesionarios de los herederos y legatarios e incluso a los acreedores particulares del heredero.

Nos presenta a continuación una completa y detallada serie de supuestos de herencias necesitadas de administración, tales como: la institución de heredero bajo condición suspensiva; la institución sujeta a término o plazo suspensivo; la institución de heredero hecha a favor de persona concebida, pero aún no nacida; la institución hecha a favor de persona, no sólo nacida, sino no concebida; la institución de heredero a favor de persona jurídica aún no reconocida; la institución hecha a favor del alma, y la herencia aceptada a beneficio de inventario.

GONZALEZ GOMEZ, Eudoro: "Suspensión de la partición". *Estudios de Derecho*. Universidad de Antioquía, 28, 1948; págs. 45-48.

Ocurre con frecuencia que antes de procederse a la partición de un patrimonio relicto sea menester decidir algunas cuestiones previas, y que mientras la decisión se pronuncia la partición deba suspenderse.

A este respecto, el artículo 1.387 del Código civil colombiano dice así: "Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios."

Se nos presenta el problema a resolver si, una vez instaurada la acción de nulidad del testamento, la partición debe o no suspenderse hasta que se decida sobre la nulidad del acto. Problema que se ha agudizado con la Ley 45 de 1936 sobre "Filiación natural", pues se discute el punto

de si el hijo natural no reconocido, que instaura la acción para obtener la declaración de tal después de muerto el padre, puede, con fundamento en el artículo transcrito, suspender la partición hasta que se falle el juicio.

El autor lo resuelve, afirmando que la acción prejudicial instituida por el precepto legal, materia de este estudio, sólo compete al asignatario, y que no son titulares de ella los que pretenden esta cualidad mediante la nulidad del testamento o la declaratoria de filiación natural.

PIRET, René: "El régimen sucesorio belga". *Revista de Derecho Privado*, 375, 1948; págs. 529-552.

El régimen sucesorio belga ha continuado siendo, en grandes líneas, el mismo instituido por el Código civil de 1804. Las diversas modificaciones realizadas se refieren a la transmisión de la sucesión, y se han llevado a cabo "a golpes", y sin otro objeto que poner fin a las anomalías más llamativas.

El orden sucesorio se establece según el afecto que el causante siente o debe sentir normalmente por los beneficiados en la sucesión.

La sucesión se concede normalmente, como en todas las legislaciones, a los hijos legítimos del causante; aquellos que hayan premuerto al "de cuius" se reemplazan por sus hijos legítimos en virtud del derecho de representación.

El hijo natural, los padres naturales, el cónyuge superviviente y el Estado, no están capacitados en la terminología del Derecho belga como herederos en sentido estricto; son calificados como herederos irregulares, no tienen la "saisine" (el derecho o la investidura de pleno derecho a entrar en posesión de los bienes sucesorios).

El Estado recibe la herencia a falta de herederos legítimos, de hijos naturales o de padre natural, de cónyuge sobreviviente y de sucesores instituidos por donación o testamento. En ciertas circunstancias excepcionales, la Comisión de Asistencia Pública, organismo municipal de derecho público, tiene preferencia.

Dentro de la concepción del Código civil, la participación del activo y la liquidación del pasivo son independientes entre sí. No es necesario esperar a que se haya ordenado el pasivo para proceder a dividir el activo.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios". *Revista de Derecho Privado*, 373, 1948; págs. 315-348.

En nuestro Código civil, la palabra heredero no tiene el valor sacramental que le concedía el Derecho romano. En cambio, el elemento subjetivo, la voluntad del testador, siguen manteniendo su eficacia decisiva para la terminación del concepto.

Mantiene el autor que el artículo 764 del Código civil admite demasiado implícitamente la posibilidad de coexistencia en una misma sucesión de herederos testamentarios y legales; como asimismo parece artificioso extender la distinción entre cuota y parte alicuota más allá del área del derecho de acrecer.

Cuando el testador falta a su deber respecto a la legítima, debe anularse su institución en forma total (si hay preterición), parcial (si existe desheredación sin causa), o ha de jugar la "actio ad complementum" para restringir la institución testamentaria en cuanto sea inoficiosa.

Si se designa testamentariamente un heredero universal se excluye toda posible concurrencia de los legítimos como herederos legales, pues la existencia de dos herederos solidarios es un imposible lógico, metafísico y hasta físico.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ.

A. G. P.: "El régimen inmobiliario en el Africa Occidental española". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 54, 1948; págs. 2-3.

Un resumen del anteproyecto de Decreto formulado por el Registrador de la Propiedad don Narciso Fuentes, especialmente comisionado por las Direcciones Generales de Registros y Marruecos y Colonias.

Se inspira en la legislación inmobiliaria vigente en los territorios del Golfo de Guinea y contiene, en líneas generales, las directrices de los tres títulos, tres disposiciones transitorias, cuatro adicionales y la cláusula derogatoria que integran el anteproyecto.

ABEJON, Julián: "Responsabilidad". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 238, 1948; págs. 165-178.

Una crítica del artículo 307 de la Ley Hipotecaria, que trata de la responsabilidad de los Registradores, conteniendo una serie de consideraciones de índole administrativa tendentes a una regulación más detenida de esta responsabilidad.

CIMIANO, Leonardo: "Radical reforma para el funcionamiento del crédito territorial en la Argentina: la preanotación de hipoteca en garantía de operaciones bancarias". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 240, 1948; págs. 304-311.

En un estudio comparativo pone de relieve el autor el considerable avance que para el desarrollo del crédito territorial argentino supone la Ley de 28 de mayo de 1946, al crear la preanotación de hipoteca en garantía de operaciones bancarias, basada en la necesidad de no retrasar la entrega del importe de los préstamos bancarios que se afiancen con garantía hipotecaria. Y a ese efecto, no esperar para la entrega del dinero a llenar las formalidades del otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro de inmuebles.

Después de sintetizar los diversos aspectos que la nueva figura revisa en la Ley, acaba parangonándolo con el crédito territorial español, poniendo de relieve lo rudimentario y defectuoso de su desarrollo.

GOMEZ PAVON, R.: "Don Claudio Antón de Luzurriaga (1810-1874)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 236, 1948; págs. 40-45.

El recuerdo de la figura de nuestro insigne jurista lleva al autor a la observación de la tendencia actual de buscar todo lo tradicional en el Derecho hipotecario, preguntándose qué es lo tradicional, y acudiendo, ante tal pregunta, a su imaginación la famosa Base 34, de la que fué inspirador don Claudio Antón de Luzurriaga, y en la que se consagraba plenamente el principio de legitimación en nuestro Derecho, que, como es sabido, chocó con el criterio de los otros miembros de la Comisión.

Considera el autor la orientación de Luzurriaga como la más progresiva y perfecta para una mejor ordenación de nuestro sistema hipotecario.

LOPEZ TORRES, José María: "Subrogación hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 236, 1948; págs. 1-19.

Comenzando por el estudio de la subrogación en general en nuestro ordenamiento hipotecario, pasa al análisis especial de la subrogación subjetiva en la hipoteca, distinguiendo entre subrogación pasiva, derivada del contrato, subrogación activa, como consecuencia del pago en los supuestos de venta de finca hipotecada sin transmisión de la obligación, pero descontando o reteniendo el importe de la carga y subrogación por pago de los acreedores posteriores.

Continúa con el análisis de la subrogación pasiva, de carácter legal, en la que incluye la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas y las constituidas a favor del Banco Hipotecario de España.

Termina con el estudio de la subrogación pasiva operada como consecuencia de adquirir en un procedimiento de ejecución bienes con cargas preferentes, regulada en los artículos 231 y 232 del nuevo Reglamento Hipotecario.

MORALES GONZALEZ, Manuel: "El titular del asiento contradictorio o sus causahabientes en el expediente de dominio". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 241, 1948; págs. 377-385.

El autor sostiene, a través del análisis crítico de diversos textos del Reglamento Hipotecario, que para la sucesión del tracto es necesario: ya un consentimiento formal expreso del titular registral o de sus causahabientes; ya una declaración solemne de autoridad u organismo adecuado que venga a suplir ese consentimiento, bien en función presuntiva o interpretativa del mismo, o bien en misión eliminatória y declarativa de su innecesidad. Y esto mismo se precisa para lo que podríamos llamar tracto anormal o reanudación del interrumpido.

Acaba propugnando la revisión de los textos reglamentarios en este sentido, cuando se trate de expedientes que no se hayan desarrollado con arreglo a todas las circunstancias determinadas en el texto legal, existiendo anormalidad en su desarrollo.

MUSTAPICH, José María: "El privilegio del vendedor del inmueble no pagado y de quien ha facilitado dinero para la adquisición del mismo". *Revista del Notariado*, Buenos Aires, XLIX, 1947; págs. 193-200.

Una interpretación de los artículos 3.924 y 3.927 del Código civil argentino, inspirados en el 2.108 del Código Napoleónico, que para la validez de los privilegios inmobiliarios exige el requisito de la inscripción, pero en cuanto al privilegio del vendedor del inmueble no pagado se conforma con la transcripción de dicha circunstancia en la escritura, sosteniendo que, de acuerdo con la doctrina francesa, dicho privilegio es oponible a terceros, debido a la transcripción.

La doctrina argentina no lo entiende así, preguntándose el autor en qué consiste, pues, la eficacia de la transcripción.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "Pequeñas filosofías sobre la ortodoxia y heterodoxia hipotecarias". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 237, 1948; págs. 73-80.

Después de unas consideraciones sobre los momentos biológicos en la vida del Derecho, trata de aplicarlos a la técnica hipotecaria, afirmando que, aunque en buena hora queden respetadas las Leyes sociales frente a los abusos e ilegítimas pretensiones del propietario, no por ello va a quedar desamparado en la juricidad de su derecho, que es el "para qué" de la Ley Hipotecaria, si bien es preciso procurar que esos nuevos valores sugeridos de las realidades apremiantes no emprendan el camino de la heterodoxia.

Lo que el autor denomina "las pequeñas filosofías sobre ortodoxia y heterodoxia hipotecarias", lo centra en la doctrina que entiende que los derechos reales nacen extrarregistralmente, con tradición o sin ella; pero su potencialidad adquiere la expansión "erga omnes" por la inscripción, incluso para la propiedad no inscrita, ya que para ella no existe el crédito hipotecario, que es una de las modalidades de la facultad dispositiva del propietario, deduciéndose fácilmente de estas consideraciones el valor de la inscripción; oponiéndose a la tesis que sostiene que la inscripción sustituye a la tradición, que entiende que se concreta la primera a las cuestiones relativas a terceros en que actúa la Ley Hipotecaria con carácter exclusivo.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "Materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales. Una tesis, un lema y varios argumentos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 241, 1948; págs. 345-369.

Después de afirmar que la nota distintiva entre los sistemas germánico y español está en el valor constitutivo de la inscripción, ya que ni siquiera la de hipoteca, a juicio del autor, se puede considerar ni constitutiva ni declarativa, sino "que advino al mundo del Derecho con propia

personalidad, con sustantividad propia", sostiene que el Derecho español no sufre modificación alguna con la implantación del sistema hipotecario de 1861, ya que la inscripción responde, en nuestro Derecho, al concepto de confirmación, ya que no crea, sino que protege jurídicamente lo creado.

Se extiende después en una serie de interesantes consideraciones acerca del valor de la inscripción, para acabar sosteniendo que del análisis del Código civil se ve que fuera de la hipoteca y de la doble venta, a que consagra sendos artículos de los que deriva el valor constitutivo de sus inscripciones registrales, los demás derechos reales tienen su nacimiento en el concurso de los requisitos exigidos por dicho Código.

RODRIGUEZ DE LA TORRE, Ernesto: "La publicidad en la transmisión inmobiliaria. Antecedentes históricos. Régimen argentino: necesidad de su reforma". *Revista del Notariado*, Buenos Aires, XLIX, 1947; páginas 495-512.

Una crítica del régimen argentino de publicidad, por limitar tan sólo a la hipoteca la inscripción en el Registro.

Valiéndose de los antecedentes históricos de nuestro sistema registral (que, como es natural, son los argentinos), propugna un nuevo sistema de inscripción que haga las veces de "modo" en la doctrina de la transmisión de cosas y derechos reales, así como la necesidad de nacionalizar los Registros provinciales, unificándolos y perfeccionándolos.

Contiene este artículo, además, interesantes datos históricos acerca de los Registros griegos.

SALAS MARTINEZ, Francisco: "Inscripción de casas divididas por pisos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 237, 1948; págs. 81-94.

Se limita el autor de este artículo a hacer una crítica del nuevo Reglamento Hipotecario por no haber recogido la propiedad horizontal, ya que ésta repercute considerablemente en el Registro de la Propiedad, y las dificultades que en el orden práctico registral suscitó la reforma llevada a cabo por la Ley de 26 de octubre de 1939 provienen, en su mayor parte, de una defectuosa redacción de los textos legales y de la falta de una eficiente reglamentación de las inscripciones de las casas divididas por pisos, que considera como una propiedad singular sobre el piso que lleva como aneja e integrante una copropiedad sobre los elementos comunes.

VAZQUEZ GUERRA, José: "Cancelación de las anotaciones preventivas por caducidad. Autoridad y título para practicarla". *Revista General de Derecho*, 1948; págs. 284-289.

En este artículo el autor llega a la conclusión de que el titular gravado por la carga que supone toda anotación podrá obtener la liberación de sus bienes o derechos reales, mediante la intervención judicial acreditada en testimonio del Juez o Tribunal que haya intervenido en el proceso que dió origen a la anotación.

VENTURA-TRAVERSESET Y GONZALEZ, Antonio: "Temas de inmatriculación. La teoría de la inmatriculación en el Derecho científico, histórico y extranjero". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 236, 1948; páginas 20-39.

Continuando la serie de trabajos anteriores sobre inmatriculación, estudia el autor en éste, su capítulo final, la modernidad del vocablo y su condicionalidad a los demás principios hipotecarios, inclinándose a su configuración como un principio más.

Trata también de considerar la base de la inmatriculación en el concepto de "propiedad", considerándola como una depuración de ésta y como un recuerdo de la teoría del "título" y el "modo", y el engarce entre ambas teorías en cuanto que la inmatriculación se mueve en lo que podríamos llamar su aspecto filosófico entre tres elementos: análisis del derecho del transferente, valor que a la transmisión va a conceder la inmatriculación y choque de ésta con un presunto poseedor de hecho que pueda servir de obstáculo a los efectos registrales.

Dedica una serie de interesantes conclusiones al estudio de la historia de los modos de adquirir, su fundamentación científica y su consideración en el Derecho extranjero, considerándoles como fundamentos de la inmatriculación.

Después de estudiar la inmatriculación en el Derecho histórico español y extranjero, fijándose, principalmente, en las reformas legislativas españolas de 1863, 1934 y 1944, llega a la conclusión de que, en el fondo, todas las legislaciones coinciden en el carácter depurador de la inmatriculación.

VENTURA-TRAVERSESET Y GONZALEZ, Antonio: "Valor jurídico de los Registros reconstruidos en cuanto al tiempo". (Comentario al artículo 336 del Reglamento Hipotecario). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 241, 1948; págs. 370-376.

El autor llega a la conclusión, tras el análisis de los textos legales, de que el valor jurídico de los Registros reconstruidos, en cuanto al tiempo, no termina en la fecha inicial de la reconstitución, sino que por la ficción jurídica del artículo 11 de la Ley de 1873 llega más allá para todos los efectos legales, y, por tanto, se sobrentiende que el titular tiene bajo su custodia, consulta y busca, asientos de una antigüedad variada, cuya fecha marca de modo claro cada asiento reconstruido. Y si se hubiera de fijar un límite a la antigüedad "legal" del Registro habría que hallar la inscripción de "fecha más antigua", reconstruida o rehabilitada, y podríamos afirmar con estricta justicia que hasta esa fecha había llegado la custodia, la busca y consulta de los libros hipotecarios.

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de E. VERDERA y TUELLS.

FRANCERCHELLI, R.: "Saggio su la cesazione dei marchi". *Rivista del Diritto commerciale*, XLVI. En.-Feb. 1948, fasc. 1-2; págs. 1-45.

Frente a la doctrina mayoritaria, sostiene el autor la posibilidad de disociación de las marcas del organismo productivo. Señala la contraposición entre el artículo 2.573 del C. c. italiano de 1942 y el artículo 15 del Real Decreto de 21 de junio de 1942; mientras el primero regula solamente la cesión del "uso exclusivo" de marcas, el segundo supone que sólo en los indicados términos cabe cesión; ambos la condicionan a la transferencia de la "hacienda" o a un ramo de ella. En opinión del autor, es posible la cesión de derechos sobre las marcas que no supongan uso exclusivo de las mismas, cesión que no está condicionada por la de la "empresa" (a ella y no a la "hacienda" se refieren, a su juicio, los artículos citados) o a la de un ramo particular de la misma. En su apoyo sostiene la inconstitucionalidad del R. D. citado en este aspecto; examina los precedentes del Derecho interno e internacional, favorables—dice—a su tesis; los argumentos de la doctrina restrictiva, que refuta extensamente (de modo especial el relativo a la función representativa de las marcas, que no cree se refiera de modo mediato a la empresa, por lo cual pueden ser cedidas sin ella) y, por último, el movimiento general de la doctrina en todos los países que intenta distinguir las marcas ligadas a la empresa de otras de cesión libres, movimiento al que se oponen en Italia los preceptos citados. Finalmente, analiza qué debe entenderse por ramo particular de una empresa, los derechos sobre marcas que no suponen uso exclusivo y las medidas que deben tomarse en todo caso de cesión para que no sobrevenga engaño del público (según dispone el R. D. citado, vigente en este punto).

J. L.

GARRIGUES, Joaquín: "Valor probatorio de los libros de comercio". *Revista de Derecho mercantil*, vol. V, núm. 13; págs. 45-54.

En materia de libros de comercio, el Código contiene disposiciones sobre la prueba por medio de estos documentos. De estas normas unas son propias de un Código de procedimientos, otras se refieren a la valoración jurídica de esta clase de prueba y, por ello, son susceptibles de ser recogidas en un C. de c. En su aspecto material, la prueba de libros del comerciante ofrece tres cuestiones principales: 1.^a, prueba contra el comerciante; 2.^a, prueba a favor del comerciante, y 3.^a, litigios en que esta prueba se produce. El autor aborda estos problemas ampliando las conclusiones que constituyeron la tesis de su curso (I, págs. 335-337 y allí cit.).

MASCAREÑAS (C. E.): "¿Qué constituye marca a los efectos de Registro obligatorio?" *Revista General de Derecho*, núm. 40. En. 1948; páginas 24-25.

Se trata de precisar qué es lo que "constituye" marca en un caso concreto, entre todos los signos o medios materiales que pueden "constituirla" (arts. 118, 119, 124, núm. 4, del Estatuto de la Propiedad Industrial). Sostiene que debiera dejarse a elección del productor, en vez de adoptar el sistema del artículo 120 del Estatuto citado.

J. L.

PEREZ BOTIJA, Eugenio: "Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el Derecho del trabajo". *Revista de Derecho mercantil*, vol. V, núm. 13; págs. 7-43.

Como sujeto del Derecho del trabajo, la empresa puede enfocarse en una triple dimensión: como comunidad de trabajo, como parte contratante, desviándose, en un tercer lugar, de las antiguas concepciones privatistas.

El concepto de empresa está por dilucidar en el campo general de la doctrina jurídica. De las tres categorías: empresa, negocio, actividad profesional o trabajo autónomo, el término más adecuado, desde el punto de vista literario, sociológico, económico y jurídico parece ser el de empresa.

En nuestro ordenamiento laboral, el concepto legal de empresario no es unitario. En el artículo 5.º de la Ley del contrato de trabajo está implícita una "teoría patrimonialista" y una "teoría contractualista" y cabría hablar de una teoría laborista pura de la empresa.

Son tipos jurídicosociales de empresas: a) el de quien es dueño o dirige por su cuenta una explotación; b) el de quien, sin tener montado un negocio, contrata los servicios de otra persona.

Además del concepto de empresario del artículo 5.º citado, encuentra un "concepto funcional" (art. 7.º de la Ley sindical y 15 de la Ley de reglamentaciones laborales), un "concepto procesal" (art. 427 del C. de trabajo) y un concepto deducido de la Ley de accidentes, que suministró, para la elaboración del concepto de empresa, elementos muy apreciables.

PEREZ FONTANA, Dr. Sagunto F.): "Observaciones al anteproyecto de Código de Comercio". "Sociedades anónimas". Montevideo, junio a diciembre de 1947, núms. 13 a 19.

Debe adoptarse un Código único de obligaciones, suprimiendo las "diferencias artificialmente creadas en esta materia" y dictarse una Ley que fije las condiciones mediante las cuales se adquiere el estado de comerciante y se ejerza la profesión comercial, debiéndose adoptar un procedimiento común que comprenda a los comerciantes y no comerciantes, suprimiendo la distinción entre quiebra y concurso civil. Debe dictarse una Ley especial para el Derecho marítimo y aéreo.

Criticando el artículo 1.º se muestra contrario a la supresión de los "usos" de la enumeración legal de las fuentes, y al referirse a los artículos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º expone, sintéticamente, el estado de la doctrina en torno a los actos de comercio.

Son objeto de amplia crítica las normas relativas al nombre comercial y a la razón social.

WILLIAMS, Ricardo: "El Consulado de Buenos Aires". *Revista de Derecho comercial*. Enero-marzo 1947; págs. 61-66.

La Cédula de erección está fechada en Aranjuez el 30 de junio de 1794, y su instalación tuvo lugar el 2 de julio del mismo año. Se componía de un prior, dos cónsules, nueve conciliarios, síndico, secretario, contador y tesorero.

Para administrar justicia se constituía con el prior y los cónsules, conociendo privativamente en los pleitos entre comerciantes o mercaderes, compañeros y factores, interviniendo, además, en las negociaciones, cambios, etc.

El litigante exponía, en audiencia pública, su demanda, indicando contra quien le deducía. Las resoluciones eran autorizadas por un escribano.

Se admitía apelación, y, en caso de revocación, súplica ante el decano de la Audiencia y dos colegas. Se admitió también el recurso de nulidad e injusticia notoria ante el Consejo Supremo de Indias.

Su distrito y jurisdicción se extendió a todo el Virreynato del Río de la Plata.

2. Sociedades

A cargo de E. VERDERA y TUELLS.

BAUGNIET, M. J.: "La reforma del régimen legal de las Sociedades anónimas en Bélgica". *Información jurídica*, núm. 61. Junio 1948; páginas 27-42.

El concepto institucional de la Sociedad anónima sólo puede aplicarse a las Sociedades de capital considerable.

Para justificar la anulación de los actos realizados por los órganos sociales, cuando desconocen el objeto social, no es necesario el concepto de institución, ya que se puede llegar a los mismos resultados a través de la teoría de la buena fe.

Estudia la evolución del régimen legal belga de las Sociedades anónimas en el C. de C. y en la reforma de 1873. Cree que esta forma jurídica ha de quedar reservada a las empresas de capital superior a 25 millones de francos. Defiende la generalización de los Comités de dirección, la fiscalización por un Consejo de Administración, el control por los comisarios y una consolidación de la responsabilidad de las personas que desempeñan funciones directoras.

Hay que revalorizar, además, el factor humano.

CLARET, Pompeyo: "Capital fundacional de la Sociedad anónima". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 183, 1948; págs. 315-323.

Analiza muy someramente el tema propuesto, haciendo algunas referencias a las legislaciones extranjeras. Lo más destacado del artículo es el ligero comentario de las Resoluciones de 17 de abril y 23 de junio de 1943, relativas a la necesidad de que conste claramente la distribución del capital social en el momento de la fundación. Termina con una breve exposición de los problemas que plantea la participación de extranjeros en el capital social, según la Ley de 15 de diciembre de 1939, que el autor estima solamente aplicable a las Sociedades anónimas con objeto industrial.

J. L.

H. L.: "Sobre el artículo 8.º de la Ley de 31 de diciembre de 1946". *Revista de Derecho mercantil*, vol. V, núm. 13; págs. 69-73.

El carácter transitorio de este precepto ha sido olvidado en las polémicas que ha suscitado.

El Ministerio de Hacienda ha reconocido que esta disposición no es fiscal, sino que tiene un significado económico que se desarrolla en dos finalidades: fortalecer a las empresas y evitar las especulaciones bursátiles. La primera es accidental y aparente. La deflación de las Bolsas demuestra que la segunda ha sido lograda, y por ello sería conveniente evitar que por una duración excesiva se convierta en antifiscal.

MOSSA, Lorenzo: "Los sindicatos de accionistas". *Revista de Derecho privado*. Enero 1948; págs. 1-13.

En el sentido primario, el sindicato de accionistas es un sindicato de administración o gestión de la empresa a modo de un "club" de los asociados que fuera de la empresa se preocupan con criterio solidario de sus propios intereses y de los de la Sociedad. Desde un punto de vista no estrictamente jurídico, el sindicato es una coalición de accionistas para la consecución de determinados fines.

El éxito en la dominación de la Sociedad anónima está en el control de los votos, de ahí la tendencia a agrupar las acciones y llevarlas a manos seguras.

Los sindicatos persiguen frenar la circulación de las acciones. La licitud o ilicitud del sindicato queda afirmada no sólo en conexión con los datos subjetivos y finalistas de la coalición, sino, además, en relación al alcance de la empresa social, a sus fines más o menos sociales, a la masa de los accionistas. Cuando el fin último es ilícito, todo el sindicato, en su conjunto, está viciado y no se salva ni un solo fragmento de él.

MOSSA, Lorenzo: "Ensayo sobre empresa y sociedad". *Revista de Derecho mercantil*, marzo-abril 1948; págs. 159-187.

La novedad y utilidad del nuevo Derecho italiano consiste en la empresa; pero ni las normas del C. c. ni sus glosadores han desenvuelto ei

sistema de las sociedades mercantiles a la luz de la empresa. La superficie de la empresa refracta los movimientos que agitan el cuerpo social; por ello es tarea de la doctrina armonizar el derecho de la empresa con las concepciones de la sociedad. La revisión de la doctrina de la personalidad jurídica ha de hacerse sobre la base nueva de la empresa, y ella repercutirá en todo el tratamiento jurídico de la sociedad.

NUNEZ LAGOS, Rafael: "Reforma de la Sociedad anónima". *Revista de Estudios políticos*, vol. XIX, núms. 35-36, 1948; págs. 161-215.

El Estado no interviene para nada en la constitución y funcionamiento de la Sociedad anónima. El Ant. sigue el sistema de las disposiciones normativas. Las diferencias con el C. de c. estriban en la cantidad y significado de los preceptos. La amplitud del Ant. se debe a su nitidez pedagógica. Es una ley no técnica ni popular, sino analítica y, sobre todo, bastante clara y de fácil conmixción en la vida económica del país. Tiene la virtud de no ser original, utilizando tanto la experiencia propia como la ajena. En su contenido hay que destacar la labor científica y pedagógica del profesor Garrigues, que ha creado en España una "convicción jurídica común" sobre Sociedad anónima. El contenido del Ant. se estudia en tres secciones: I. Vida jurídica; II. Vida económica; y III. Vida corporativa.

PEREZ FONTANA, Dr. Sagunto F.: "Los libros de las Sociedades anónimas". *Sociedades anónimas*. Montevideo, marzo 1948, núm. 20; páginas 3-7.

El Derecho vigente impone a las Sociedades anónimas la obligación de llevar los mismos libros que los demás comerciantes. El D. de 18 de diciembre de 1947 pretende obligar a llevar libros de actas y de accionistas, pero tal precepto adolece de falta de legalidad.

No cabe la exhibición parcial respecto de los libros de comercio de las Sociedades anónimas, ya se trate de asuntos comerciales o civiles, sea o no comerciante el que la solicitó.

PETRIELLA, Dionisio: "Asamblea de Sociedad anónima: Derecho de voto del accionista en conflicto de intereses con la Sociedad". *Revista de Derecho comercial*. Enero-marzo 1947; págs. 33-43.

El supuesto no está previsto en el Derecho positivo argentino; sin embargo, por aplicación de los preceptos generales sobre causa lícita, buenas costumbres y orden público contenidos en numerosos artículos del C. c., el voto del accionista emitido en las condiciones referidas debe considerarse nulo, nulidad que acarreará la de la resolución correspondiente, si ésta, sin el voto del accionista interesado, no hubiera tenido la cantidad de votos necesaria para su aprobación.

El accionista interesado no puede tampoco contribuir a formar el "quorum" con el cual la asamblea delibera sobre la resolución correspondiente.

PLAZA, M. de la: "Las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales". *Revista de Derecho privado*. Mayo 1948; págs. 413-423.

El procedimiento "sui géneris" que inserta el Anteproyecto está justificado por la falta de un procedimiento verdaderamente sumario, que estuviese dotado de aquellas características de brevedad y eficacia que exige el tráfico mercantil. El sistema, sin una casuística enumeración, tiene una gran flexibilidad. Los problemas de legitimación son abordados al comentar el artículo 70. Son principios inspiradores del procedimiento los siguientes: Unica instancia; exclusión de la posibilidad de que el conocimiento de la impugnación se sustraiga del que pudiera llamarse juez natural; preocupación de unificar las impugnaciones y designio de celeridad propia del tráfico mercantil.

QUINTANO RIPOLLES, A.: "Intervención tutelar y represiva del Estado en las Sociedades anónimas". *Revista de Derecho privado*. Julio-agosto 1947; págs. 675-687.

El sistema vigente hoy en Europa puede resumirse bajo la fórmula de libertad inicial y dependencia subsiguiente. La legislación egipcia tiende a la "egipcianización" del mayor número de empresas, llegando a las más radicales medidas, sólo aplicables por las circunstancias históricas del momento. En Francia se ha pretendido la "humanización" de las Sociedades anónimas, atendiéndose a la protección de accionistas y obligacionistas. Los sistemas suizo y alemán son muy preferibles al francés y al egipcio, respondiendo al principio de un mínimo intervencionismo administrativo con un máximo de responsabilidad de gestión, exigible principalmente por vía judicial independiente.

SOLA CANIZARES, F. de: "El presidente de la Sociedad anónima en la legislación francesa". *Revista de Derecho comercial*. Enero-marzo 1947; páginas 55-59.

El precepto de la Ley de 1867, vago e insuficiente, hacía posible que cada empresa organizara su administración como lo creyera más conveniente.

Las Leyes de noviembre de 1940 y de marzo de 1943 suponen una reforma importante, especialmente en lo que concierne a la figura del presidente. Según esta legislación, existe un Consejo de administración que nombra un presidente, que es el que asume la dirección de la Sociedad. Puede existir un director general que, en caso de impedimento del presidente, puede delegar temporalmente en un administrador. La creación del Comité de dirección, en funciones de estudio, es una facultad del presidente.

El presidente ha de ser persona física y elegido entre los administradores. Al tener la consideración de comerciante sufrirá las consecuencias de los comerciantes declarados en quiebra. Si es extranjero, necesita poseer una carta especial de comerciantes.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Jerónimo LOPEZ y LOPEZ.

DASSEN, Julio: "Solidaridad cambiaria". *Revista de Derecho comercial*. Enero-marzo 1947; págs. 9-16.

Sostiene, frente a la doctrina dominante, que el titular de una letra puede demandar conjuntamente a todos los coobligados cambiarios, a menos, solamente, que haya optado por demandar a uno solo, en cuyo caso antes de promover la acción conjunta debe demostrar la insolvencia del deudor prevenido. Como conclusiones del trabajo se señalan las siguientes: 1.^a Es de la esencia de la solidaridad que el acreedor puede demandar conjuntamente a todos sus deudores solidarios. 2.^a El C. de c. argentino no ha derogado en materia cambiaria esa característica de la solidaridad. 3.^a El principio de prevención del artículo 669, que ha confundido a autores y jueces, se encuentra también en el Cd. c., no obstante autorizar la demanda conjunta. 4.^a Lo expuesto está confirmado por el artículo 848, "in fine". 5.^a El régimen de prevención debe ser reformado en ambos Códigos, tal como propuso Bibiloni.

E. V. y T.

PERETTI-GRIVA, D. R.: "Sul trasporto amichevole o di cortesia". *Rivista del Diritto Commerciale*, XLVI, Mart-Abr. 1948, fasc. 3-4; páginas 109-115.

En la discusión promovida en la doctrina sobre el criterio jurisprudencial de estimar que el transporte de cortesia constituye un contrato y que es inaplicable el artículo 414 del Código de la navegación, sostiene el autor—frente a uno de los contradictores de dicho parecer—que se trata de un contrato y que no es aplicable dicho precepto, dado su carácter de Derecho singular. En su opinión, se trata de una defensa legal que debe ser colmada con las normas del artículo 1.218, en relación con el artículo 1.176 del Código civil italiano de 1942, considerando inaplicable el artículo 1.681, que regula el transporte gratuito, por ser éste diferente del transporte de cortesia, en el cual no existe interés alguno—económico o no—para el transportista.

PINTO COELHO, J. G.: "Operações de Banco". *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, núms. 2.875 (págs. 17-23), 2.876 (33-37) y 2.877 (49-51).

Con estos artículos comienza el autor el estudio del tema propuesto; analiza y clasifica las operaciones bancarias, y, entre las pasivas, examina en primer lugar el depósito bancario y de d. nero, sus clases, naturaleza (opina que se trata de un préstamo mutuo, pues la obligación de custodia consiste en reanudar en la certeza de que pagará el Banco, que no tiene obligación de restituir en especie). Expone las conclusiones del ordi sobre

el depósito bancario en general, y señala cómo el C. c. italiano de 1942, sin tratar de resolver la cuestión, mantiene—en sus normas—la analogía entre el depósito irregular y el mutuo; hace referencia a la obligación de “restituir en la misma especie monetaria” que impone el artículo 1.834 de dicho Código, entendiendo que sólo puede referirse al pago en moneda del mismo patrón monetario, lo que se explica teniendo en cuenta los depósitos en moneda extranjera y moneda-oro. Estudia brevemente el depósito de moneda extranjera constituido por entrega de cheques, y termina con el análisis del artículo 767, núm. 4, del C. c. portugués.—que prohíbe la compensación cuando una de las deudas procede de depósito—, opinando que no es aplicable a los casos de depósito bancario, dada su naturaleza jurídica.

PINOL, J.: “La cláusula “acepto a pagar por el Banco X”. Revista de Derecho privado, 374 (mayo 1948); págs. 452-457.

Sostiene el autor que la validez de esta cláusula se encuentra en los artículos 486 y 511 del C. de C., previo análisis y crítica de otras posibles construcciones.

Examina a continuación el “aval en blanco”, que, a su juicio, es un aval condicional, ya que supone que la obligación cambiaria del avalado llegue a nacer.

ROCA GUILLEN, J.: “Los elementos personales en el contrato de seguro”. Revista de Derecho mercantil, V-14. En.-feb. 1948; págs. 189-222.

Después de una breve alusión al concepto de contrato de seguro en la legislación y doctrina españolas, y de indicar sus características, analiza quién puede ser asegurador y, sin carácter exhaustivo las condiciones que debe reunir; inscripción en los registros de la Dirección General del Seguro y Mercantil, así como las especiales a que están sometidos los que actúan en el campo de accidentes del trabajo y riesgos agrícolas; cuantía mínima del capital social, depósitos previos de garantía, reservas (analizando detenidamente su régimen), y, finalmente, otras medidas de protección de los aseguradores (prohibición de mencionar el capital inscrito, uso del adjetivo “nacional” y publicación de balances. Hace referencia a algunos tipos especiales de aseguradores (“Cajas Nacionales”), consorcios. Por lo que se refiere al asegurado, estudia especialmente los casos de separación de contratante y beneficiario y el seguro por cuenta propia y ajena. Finalmente, examina el concepto, requisitos y función de los Agentes de seguros libres y afectos, y el problema que plantea el ejercicio clandestino de la profesión y los peligros que representa.

ROTMAN, Julio: “Prenda con registro sobre materiales industrializables”. Revista de Derecho comercial. Enero-marzo 1947; págs. 49-53.

El Decreto 10.574, de fecha 13 de septiembre de 1946, reglamentario del Decreto-Ley 15.348/46, ha puesto en vigencia una nueva legislación sobre prenda con registro, que brinda al mundo comercial e industrial cua-

tro tipos de prenda; la prenda fija, la prenda flotante, la prenda sobre fondos de comercio y la prenda sobre materias primas. En relación con esta última, el artículo 8.º autoriza al dueño de los bienes prendados para industrializarlos o continuar con ellos el proceso de su uso económico, quedando así incorporada a la legislación argentina una modalidad de prenda con registro que tendrá amplia y beneficiosa repercusión en la vida económica del país.

E. V. y T.

4. Varia

A cargo de Jerónimo LOPEZ Y LOPEZ.

UN TOGADO: "Quiebra de las testamentarias". *Revista General de Derecho*, núm. 40. En. 1948; págs. 18-23.

Después de señalar la procedencia de la declaración de quiebra en este caso, basado en la jurisprudencia y en la doctrina, analiza el problema de si procede el arresto, ocupación de bienes e intervención de negocios de los herederos que hayan aceptado la herencia pura y simplemente, opinando en sentido afirmativo, debido a que los considera equiparables a los socios colectivos por ser igual la extensión de su responsabilidad.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

BELLVER CANO, Antonio: "Las casas notariales". *Nuestra Revista*, 741, 1948; págs. 1-2.

Considera necesaria la reforma del artículo 42 del vigente Reglamento, dejando en libertad al Notario para ocupar la casa que le acomode, dadas las dificultades para encontrar vivienda y despacho adecuado.

CACERES, Miguel: "El notario, autoridad". *Nuestra Revista*, 741, 1948; páginas 1-5.

Analiza todas y cada una de las razones en pro del carácter de "autoridad" del Notario, no siendo la menor, que lo hace necesario, el hecho de que el Notario no puede libremente aceptar o rechazar la interposición de su ministerio (art. 2.º de la Ley y 3.º y 145 del Reglamento). Pero son jurídicamente los artículos 60 y 61 del Reglamento Notarial los que lo consideran autoridad de una manera expresa, clara y terminante, estimando conveniente que dichos preceptos sean elevados a la categoría de Ley.

DE FARIA, Avelino: "La evolución del Notariado en Portugal". Nuestra Revista, 738, 1948; págs. 4-5.

Fué en el siglo XIII, durante el reinado de Alfonso III, cuando apareció el Notariado en Portugal, debido a la influencia del Derecho de Justiniano y a las leyes y costumbres francesas. Hasta la publicación del Decreto de 23 de diciembre de 1899 el Notariado se regulaba por las disposiciones generales del C. c. y estaba confiado a individuos sin cultura jurídica. Dicho Decreto, seguido por innumerables disposiciones, inicia esta evolución que, sin embargo, según el autor, no ha plasmado en una legislación perfecta en la materia.

DIAZ PALOMINO, Modesto: "Convenio de reparto de ganancias". Nuestra Revista, 742-743, 1948; págs. 16-17.

A pesar de la prohibición reglamentaria, existen clandestinamente tales convenios, que tienen evidente utilidad cuando en ellos participan la totalidad de los Notarios de la población. Los males que se les atribuyen desaparecerían si se sancionasen reglamentariamente.

DOCAVO, Ignacio: "La casa notarial". Nuestra Revista, 738, 1948; páginas 1-2.

Aboga para que así como en los pueblos existe una casa rectoral, en todos los que tengan Notaría demarcada debiera existir la casa notarial, prevista, por otra parte, en el artículo 2.º del anexo al Reglamento Notarial que regula la mutualidad.

G. DE MERCADO, Francisco: "Prestigio y gloria del Notariado en la Edad de Oro de España". Nuestra Revista, 742-743, 1948; págs. 11-14.

Si la Magistratura judicial gozó, en América, de gran prestigio, la Notarial o Magistratura extrajudicial logró desde el primer momento ese auge moral que dan la ciencia y la virtud. El Notariado (como se advierte en los textos entonces vigentes, sobre todo en la "Recopilación de las Leyes de Indias", así como en los instrumentos otorgados) ocupó en la tarea científica un lugar muy destacado.

GONZALEZ GARCIA, Ricardo: "El Notario no es un industrial". Nuestra Revista, 741, 1948; págs. 5-7.

Conforme a la legislación actual, viene obligado el Notario a tributar por el concepto de industrial, como también a realizar, al final de cada año, declaración jurada de utilidades en relación con el número de folios protocolados, e ingresar en el Tesoro el exceso que pudiera corresponderle, previa deducción de lo que hubiese satisfecho por cuota del Tesoro en la referida Contribución Industrial.

Considera más conveniente realizar la exacción por sólo el concepto de "utilidades", ciertamente más en consonancia con la función del Notariado, superior al mero ejercicio de una industria propiamente dicha.

LICENCIADO TARTESIO: "En torno a la reforma del artículo 23 de la Ley Notarial". *Nuestra Revista*, 738, 1948; págs. 3-4.

De fragmentaria califica tal reforma, pues la responsabilidad civil que en tan duros términos subsiste coloca en una situación difícil al Notario en los tiempos actuales, en que el valor de las cosas alcanza tan alto nivel. Para salir al paso de tales dificultades propugna la creación de una Caja especial para, con fondos exclusivamente notariales, solventar las posibles responsabilidades de los Notarios en el ejercicio de su profesión.

LICENCIADO TARTESIO: "Actas notariales". *Nuestra Revista*, 742-743, 1948; págs. 17-19.

La obligatoriedad de la función del Notario choca a menudo con la falta de regulación de las actuaciones en esta materia cuando se refieren a las autoridades de todas clases, las que por la delicadeza de su contenido y por las dificultades de su desarrollo hace largo tiempo que reclaman preceptos claros y límites precisos.

V. Derecho procesal

I. Parte general

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José ENRIQUE GRESO.

CLEARY, Edward W.: "Res judicata reexamined". *The Yale Journal*, volumen II, January 1948, núm. 3; págs. 339-350.

Examina Cleary el concepto y alcance de la cosa juzgada y su conexión con el problema de la "causa de la acción". Sostiene que si bien la defensa de la cosa juzgada es respetada universalmente, actualmente no es muy estimada. Muchos—si no todos—los casos de cosa juzgada son el resultado de un error de procedimiento en parte del "counsel". Por ello sostiene que cada caso debe ser decidido con referencia al objeto lógico de la obligación (ule), al mismo tiempo que por una alta concepción de lo que sea una causa de acción.

FUSTADO DOS SANTOS, Antonio: "A punição dos litigantes de máfé no Diritto Patrio". Boletim do Ministerio da Iustica, núm. 4. Janeiro, 1948; págs. 4-59.

En la relación juridicoprocesal considera dos aspectos: el normal o fisiológico y el patológico o anormal. En esta última forma distingue dos distintas modalidades de dolo, el dolo unilateral, que divide en sustancial (directo o indirecto) e instrumental y el bilateral.

El artículo 465 del Código procesal civil portugués establece dos distintos tipos de sanciones: la indemnización, incluidos los honorarios de mandatarios o técnicos, y la satisfacción de los restantes perjuicios ocasionados y la multa adecuada al grado doloso de la conducta del litigante de mala fe, a su posición económica, y a la gravedad de la lesión patrimonial causada al litigante de buena fe.

Las leyes procesales portuguesas más modernas atienden primordialmente al valor de las costas del proceso y dejan al arbitrio del Juez la fijación de las multas (art. 233, Decreto núm. 21.287).

MIGUEL Y ALONSO, Carlos: "En torno a la unidad de los procesos civil y penal". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril 1948, tomo XV, núm. 4; págs. 402-434.

Miguel y Alonso intenta justificar la posibilidad de una construcción teórica de la unidad de los procesos (civil y penal), con omisión de toda referencia al derecho positivo. Considera que vendrá un día en que sea una realidad la unidad de los dos tipos de procesos, en el que el Código procesal único tenga una enorme importancia sistematizadora y práctica.

PEREZ LEÑERO, José: "Procedimiento laboral". Información Jurídica, número 56, enero 1948; págs. 3-61.

Realiza Pérez Leñero una extensa síntesis científica de la legislación relativa al proceso laboral. Distingue entre una parte general, en la que estudia las cuestiones relativas al Derecho procesal laboral (concepto, caracteres y clases), a la Jurisdicción, Fuero y Competencia (concepto, reglas y cuestiones de competencia) y normas relativas al proceso laboral (personas, acción y formalidades). La parte especial va dividida en tres apartados: en el primero estudia la jurisdicción contenciosa, y en ella los actos preparatorios, el procedimiento laboral, los recursos contra las resoluciones judiciales y su ejecución; el segundo lo dedica a desarrollar la materia relativa a la jurisdicción voluntaria (concepto, anticipos reintegrables, cambios de rentas en capital y grandes inválidos); en el último, sobre jurisdicción administrativa, considera su concepto, procedimiento general, recurso contenciosoadministrativo y procesos especiales.

REQUENA, Angel: "Relatividad de los beneficios de pobreza". *Revista General de Derecho*, junio 1948, núm. 45; págs. 339-341.

A juicio del Sr. Requena, sería necesario, además, del criterio de amplitud que a los jueces concede la Ley para decidir con criterio restrictivo otro criterio, enunciativo o determinativo, que limitara la duración, uso o disfrute de los beneficios de pobreza. Aboga por que los derechos del litigante pobre sean efectivos, y pasa revista a la Ley de 30 de diciembre de 1939.

R. VALCARCE, Francisco: "La acción de condena a una prestación futura; su posibilidad en el Derecho patrio". *Revista de Derecho procesal*, año IV, núm. 1; págs. 89-95.

Cabe en Derecho español la acción de condena futura para el caso de derechos aplazados. La LEC. la admite en el artículo 1.614, en relación con el 1.616 y cabe también deducir su admisión en el artículo 76, en relación con el 82, de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. No cabe, en cambio, acción de condena futura en el caso de derechos condicionados, ya que se trata de meras expectativas de derecho.

TABORDA FERREIRA, Vasco, y FERREIRA, Carmindo: "O recurso de agravo". *Boletim do Ministerio da Justiça*, núm. 5, marzo 1948; páginas 36-76.

Estudia el origen del recurso de agravo en los derechos romano, germano y canónico, fuentes del actual sistema jurídico portugués, su evolución y desarrollo en período de las Ordenaciones (Alfonsinas, Manuelinas), en la Carta Regia de 1526, y en las Ordenanzas Filipinas y en período constitucional (reformas de Passos Manuel y Costa Cabral), Leyes de 1849 y 1874 (Código de Seaba), reformas de M. Rodrigues y Decretos números 12.353 y 21.287.

La finalidad general del recurso de agravo es la de permitir el rápido examen de las decisiones interlocutorias; como finalidad específica en el de segunda instancia, señala la de velar por la observancia de la Ley y la de promover su interpretación uniforme.

VAZQUEZ GUNDIN, Eugenio: "La anarquía y tiranía de costas en lo civil". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 183, 1948; páginas 576-584.

Es criticable la regulación legal actual en cuanto a costas en lo civil, debido a la diversidad anárquica de criterios y al escaso margen que se suele dejar al arbitrio judicial en la aplicación del principio objetivo. Aunque es preferible, en general, el criterio subjetivo, cabe admitir el objetivo siempre que se permita tener en cuenta las circunstancias de cada caso, en especial la buena o mala fe, y que se fijen topes a la cuantía de las costas en cada tipo de proceso.

DE VIGUERA FRANCO, Emilio: El Tribunal Supremo del "Charaa" en Tetuán". *Información Jurídica*, 58, 1948; págs. 17-38.

Coexisten en nuestro Protectorado marroquí la jurisdicción del Tribunal del Charaa, con función más bien de casación o revisión que de apelación, con la del Majzén, vinculada a Organos administrativos, y que sólo actúa mientras no se invoque la del primero. Las deficiencias del actual régimen derivan del procedimiento lento y formalista del Tribunal del Charaa y de la arbitrariedad y falta de cauce legal de la jurisdicción del Majzén; deficiencias de las que se pueden deducir las directrices de una futura reforma.

2. Parte especial

AZPIAZU RUIZ, José: "Para alusiones. Algunos aspectos del proceso de ejecución instaurado en el artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 237, 1948; págs. 95-106:

Se trata de un trabajo de tono polémico en el que se delimita la posición de los Jueces ante el nuevo proceso, negando la posibilidad de admitir la prescripción alegada, ya que ésta tiene que estar declarada en otro proceso anterior; sosteniendo que a las inscripciones de inmatriculación les es aplicable el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, aun antes de los dos años de su vigencia.

P. M.

BELLVER CANO, Antonio: "Acerca del juicio divisorio de herencia". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 183, 1948; páginas 167-168.

Es conveniente una nueva regulación, más sencilla, del juicio divisorio de herencia. Como solución al problema, cabe proponer una tercería de jurisdicción: se trata de una jurisdicción notarial, ni contenciosa ni voluntaria, sino coactiva y formalizante. Previa designación judicial, el Notario que autorizara la partición conferiría a cada cual la posesión exclusiva de sus adjudicaciones. Se trataría de un contador partidor dativo que actuaría en un verdadero proceso, imponiendo a todos la regulación legal de manera coactiva, y dando forma, a la vez, al acto particional.

CUERVO PITA, Miguel: "La caducidad y la pérdida del derecho a evacuar el trámite de conclusiones; el artículo 2.º del R. D. de 2 de abril de 1924 y el artículo 672 de la LEC". *Revista de Derecho procesal*, año IV, núm. 1; págs. 97-101.

Es viciosa la práctica de muchos Juzgados de Primera instancia que, si no se presenta el escrito de conclusiones en el plazo legal o en su pró-

rroga, dictan providencia acordando caducado y perdido el trámite. Al amparo del artículo 672 LEC, es válida la entrega al Secretario cuando éste pase a recoger los autos según el R. D. de 1924. Pero esta regulación legal debe ser reformada, por injusta.

REQUENA, Angel: "Algo sobre la Ley de 21 de mayo de 1936". *Revista General de Derecho*, núm. 42, 1948; págs. 152-154.

Dado que el artículo 2.º del D. de 24 de enero de 1947 dispone que no se aplicará a los juicios verbales y de cognición la Ley de 21 de mayo de 1936 cuando haya legislación expresa en contra, es insostenible el criterio del Tribunal Supremo, según el cual está derogada la R. O. de 1.º de febrero de 1887, sobre competencia en las reclamaciones a que den lugar los contratos de transporte.

VIADA LOPEZ PUIGCERVER, Carlos: "Embargos de futuro". *Revista de Derecho procesal*, año IV, núm. 1; págs. 75-87.

Se puede obtener el embargo preventivo de los bienes de un deudor, en caso de deudas condicionales o a plazo, si la conducta de dicho deudor hace sospechar que será insolvente cuando la condición o el plazo se cumplan. Se funda esta tesis en que la deuda, aun condicionada o aplazada, ya existe a efectos del artículo 1.400, 1.º LEC.; en el artículo 1.121 Código civil, y en la posibilidad de privar al deudor del beneficio del plazo (art. 1129 C. c.), u obtener una condena de futuro, a fin de salvar el obstáculo que supone el plazo de veinte días que el artículo 1.411 LEC. otorga para pedir la ratificación del embargo.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 25 DE MAYO DE 1948

Expediente de dominio.

A fin de acreditar la propiedad de un solar sito en Miranda de Ebro, la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles promovió, ante el Juzgado de Primera Instancia de la misma localidad, expediente de dominio, que, tramitado de acuerdo con las prescripciones legales, se ultimó por auto en que el proveyente resolvía de conformidad con la petición de la RENFE.

Presentado un testimonio del referido expediente de dominio en el Registro de la Propiedad, fué calificado al tenor siguiente: "Denegada la instrucción que se solicita por aparecer inscrita la finca a que se refiere a nombre de la Compañía del Ferrocarril Tudela-Bilbao, como excedente que resulta después de cubiertas las necesidades de la construcción y, por lo tanto, pasar al dominio particular de la Compañía; y estar por ello exenta del rescate por el Estado, en virtud de lo dispuesto en el apartado c) de la Base 2.^a de la Ley de 24 de enero de 1941, cuyo precepto se alega como título de adquisición en el expediente de referencia. Y estimándose Insubsanable tal defecto, no procede tomar anotación preventiva."

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación anterior, en solicitud de que se declarase que procedía inscribir los terrnos indicados a favor de la Red, se alegó, en esencia: Que al desaparecer la Compañía Tudela-Bilbao, por fusión con la del Norte, pasaron a ésta las concesiones y todos los bienes que aquélla poseía, incluso los terrenos de referencia; que por Ley de 27 de febrero de 1943 se modificó el rescate acordado por la de 24 de enero de 1941, de ordenación ferroviaria, y substituyó las anualidades establecidas en ésta, por canje con Deuda del Estado de todas las acciones y obligaciones de las Compañías Norte y M. Z. A., que se disolvieron, encarnándose su representación en una Comisión Administradora creada por Orden de 5 de abril de 1943. Que la Compañía del Norte, y luego la Red, tuvieron la quieta y pacífica posesión de los terrenos de que se trata, ejerciendo sobre ellos actos de dominio, y que la tesis del Registrador de que los mismos no pudieron ser rescatados por el Estado, por lo dispuesto en la Base 2.^a de la Ley de 24 de enero de 1941, carece de fundamento porque estimado por el Juez el Título como bastante el Registrador no podía contradecir tal declaración.

El Registrador afirmó, en defensa de su calificación, que en el Registro aparece que la transferencia de la concesión de la Compañía Tudela-Bilbao a favor de la del Norte tuvo lugar por Título de venta y no por fusión de ambas Compañías, como se dice en el recurso; que no consta si fué incluida en la venta la finca objeto del expediente, toda vez que continúa inscrita a nombre de la Compañía Tudela-Bilbao, pero que puede presumirse su adquisición por la Compañía del Norte, porque en el expediente se ha acreditado la posesión por la misma, a título de dueño, durante

cerca de setenta años; que la certificación expedida por el Registrador el 10 de abril de 1945 prueba que la finca quedó exceptuada del rescate por el Estado como terreno declarado sobrante y que pasó al dominio particular de la Compañía; que conforme a la Ley de 27 de febrero de 1943 tales terrenos están afectos a las obligaciones de la Compañía, como bienes de dominio privado; y que, si bien las resoluciones judiciales no están sometidas en cuanto a su fondo a la calificación registral, cabe denegar la inscripción cuando del Registro surgen obstáculos que se oponen a su ejecución.

El Presidente de la Audiencia dictó auto estimando recurso gubernativo, fundándose en consideraciones análogas alegadas por el recurrente, insistiendo en que el testimonio de la resolución judicial en que se declara justificado el dominio está sustraído a la calificación registral.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, vistas las Leyes de 24 de enero de 1941 y 27 de febrero de 1943, los artículos 18, 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, 99, 100, 273, 274, 275, 276, 277, 282 y 284 del Reglamento Hipotecario, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1910 y las resoluciones de 28 de noviembre de 1904, 24 de febrero de 1905, 16 de noviembre de 1923, 17 de julio de 1935 y 18 de enero de 1939.

En los considerandos se hacen las siguientes declaraciones:

a) *Que la significación y valor del Título en nuestro sistema hipotecario han motivado que la Ley Hipotecaria de 1869 regulase las informaciones de dominio, de tan discutida naturaleza jurídica, como medio para que los titulares de fincas que careciesen de uno que eficazmente acreditase su derecho pudieran obtenerlo como base para practicar la correspondiente inscripción en el Registro.*

b) *Que las facultades calificadoras del Registrador, y respecto de los documentos judiciales, no le autorizan para examinar el fondo de los asuntos ni los fundamentos de las resoluciones, porque con ello realizaría una revisión de los expedientes cuya declaración es de la privativa incumbencia y responsabilidad del Juez, tanto más cuanto que el auto dictado no obsta para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme al artículo 284 del Reglamento Hipotecario.*

RESOLUCION DE 3 DE JUNIO DE 1948

Denominación y razón social en las Compañías de responsabilidad limitada.

En escritura de 9 de mayo de 1947 se constituyó una Sociedad de responsabilidad limitada cuya firma giraría bajo la razón "Compañía Auxiliar de Suministros, S. L." y cuya firma social estaría constituida de la denominación de la Compañía seguida de la habitual del firmante y su cargo en la entidad.

Presentado en el Registro Mercantil de Huelva, causó la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento, en el que aparecen confundidos los conceptos denominación y razón social, porque, careciendo de ésta la Sociedad que por él se constituye, el proceder a su

inscripción de manera voluntaria y no impuesta sujetaría al Registrador a una segura responsabilidad disciplinaria por infracción manifiesta del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, y a una posible responsabilidad civil si, como es de temer, se provoca por ello una competencia ilícita, caso de que exista otra Sociedad de igual denominación, lo que, de momento, no es posible saber por no existir el Registro central de Sociedades limitadas. No se solicitó ni procede tomar anotación preventiva."

Intentada la revocación de esta nota—y, en su caso, interpuesto el recurso gubernativo ante la Dirección—, se alegaron, en esencia, los argumentos siguientes: Que en las Sociedades de responsabilidad limitada no funciona la exigencia del artículo 122 del Código de Comercio; que a falta de una reglamentación positiva, la doctrina les impone exclusivamente el requisito de que aparezca claramente limitada la responsabilidad en la denominación, la cual debe estimarse en el presente caso como razón social; y que ello está de acuerdo con la doctrina de la Dirección General y la de las legislaciones extranjeras.

Por su parte, el Registrador mercantil insiste en mantener su nota calificadora, fundándose también en opiniones doctrinales que, como el proyecto de reforma del Código de Comercio del año 1926, abogan por la exigencia, en las Sociedades limitadas, de una razón social, criterio impuesto por el artículo 108 del Reglamento de Registro Mercantil, alegando también el principio de legalidad contenido en el 59 y el de responsabilidad del 224.

La Dirección General de los Registros—vistos los artículos 117, 119, 125, 126, 145, 147, 151 y 152 del Código de Comercio; los 108, 120, 121 y 122 del Reglamento del Registro Mercantil; 4, 10, 196, 199, 201, 202 y concordantes del Estatuto de la Propiedad intelectual y las resoluciones de 11 de agosto de 1943, 15 de enero de 1945, 10 de mayo de 1946 y 21 de marzo de 1947—revoca la nota calificadora y declara:

A) *Que la falta de una específica y positiva regulación de las Sociedades limitadas en el Derecho español inclina a la práctica notarial a incluir las indistintamente entre las de tipo personalista o capitalista con predominio de las notas o características a una u otra.*

B) *Ello impide que se exija inexcusablemente una razón social sin más base que la indicación concedida en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil.*

C) *Que la moderna doctrina anglosajona y el Código civil italiano de 1942, al superar el sistema germánico y el latino, imponen una denominación y no una razón social a las Sociedades de responsabilidad limitada; y*

D) *Que a los interesados corresponde prevenirse contra la competencia ilícita acogiéndose al régimen del Registro de la propiedad industrial o por otros medios idóneos.*

RESOLUCION DE 16 DE JUNIO DE 1948

Recursos gubernativos contra inscripciones practicadas.

Inscrita en el Registro Mercantil el acta de la Junta general de una Sociedad limitada, en la que se acordó la remoción de los cuatro gestores escriturarios y la creación de una Comisión de tres miembros que los sus-

tituyese, se interpone recurso contra dicha inscripción, alegando la infracción de normas estatutarias y de los artículos 66, 74 y 75 del Reglamento del Registro Mercantil y del 1.258 del Código civil.

Mantenida la calificación por el Registrador Mercantil, fundándose en que con arreglo al Reglamento de la Institución los recursos gubernativos proceden contra las notas que suspendan o nieguen la inscripción, pero nunca cuando se ha practicado ésta, lo cual hace imposible la reforma de la calificación y la subsiguiente interposición del recurso, sin perjuicio de que los interesados puedan entablar el procedimiento judicial correspondiente; que por estar los asientos practicados en el Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales, sólo éstos pueden decidir sobre su modificación o cancelación.

La Dirección General, vistos los artículos 19, 59, 65, 66 y 76 del Reglamento del Registro Mercantil, resuelve confirmar el acuerdo apelado, sentando doctrina de conformidad con lo alegado por el Registrador.

RESOLUCION DE 6 DE JULIO DE 1948

Suspensión de procedimientos de adjudicación.

Seguido juicio ejecutivo ante el Juzgado núm. 3 de Sevilla por don J. R. G., en rebeldía de don J. y don R. J. C., sobre el cobro de un crédito hipotecario, se dictó sentencia de remate el 12 de octubre de 1932, que quedó firme; y declarada desierta la subasta por falta de licitadores en 13 de septiembre de 1933, se dictó auto el 15 de octubre de 1937, adjudicándose la finca al acreedor por cuenta de las responsabilidades a que estaba afecto; elevado testimonio en 23 de octubre de 1937, fué suspendida la inscripción, y presentada nuevamente a calificación fué objeto de la siguiente nota:

“Denegada la inscripción del testimonio del auto de adjudicación librado el 23 de octubre de 1937, por haber sido dictado dicho auto dentro del plazo de suspensión de actuaciones judiciales establecido por los Decretos-Leyes de 1.º de diciembre de 1936 y 21 de septiembre de 1937 y por resultar de este otro testimonio que se acompaña que no tuvo lugar el levantamiento de la suspensión con los requisitos que determina el artículo 1.º del Decreto citado en primer lugar, cuyo defecto se considera insubsanable.”

Interpuesto recurso contra la calificación registral, se alegó fundamentalmente que la interpretación de los preceptos legales es de exclusiva competencia de los Tribunales, sin que los Registradores puedan revisarla ni examinar los fundamentos de las resoluciones dictadas por aquéllos, cualquiera que sea la fecha y el momento preciso en que se produjeran, y que el Registrador, en el presente caso, no podía oponerse a la inscripción sino en vista de obstáculos nacidos de los Libros Hipotecarios, que en este caso no se dan.

El Registrador alegó en defensa de su nota que el contenido de los artículos 1.º, 3.º y 5.º del Decreto-Ley de 1.º de diciembre de 1936, cuyo vigor fué ampliado por otro Decreto-Ley de 21 de septiembre de 1937; afirma, asimismo, que los requisitos exigidos para el levantamiento de la suspensión ordenada por estos preceptos no aparecen cumplidos en el asunto que motivó el auto de adjudicación, y que esta suspensión puede decirse que establece una verdadera prohibición legal de enajenar bienes inmuebles en procedimiento judicial que debe también producir sus efectos en el Registro.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, declarando inscribible el testimonio del auto de adjudicación, fundándose en consideraciones parecidas a las alegadas por el recurrente; y el Registrador, al apelar contra la resolución presidencial, insiste en que el Tribunal que dictó aquélla carecía de competencia por estar suspendida su facultad conforme a los Decretos-Leyes citados; por otra parte, la resolución de 19 de agosto de 1908 establece que la facultad excepcional de calificar la competencia judicial ha de aplicarse con todo rigor en el caso en que por precepto legal o por motivos de orden público la decisión trasciende de la esfera privada de la competencia a la pública de la jurisdicción,

Y la Dirección General, vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 99 de su Reglamento, 2.º de la Ley de Organización del Poder Judicial, los Decretos-Leyes de 1.º de diciembre de 1936 y 21 de septiembre de 1937 y las resoluciones de 19 de agosto de 1919, 25 de mayo de 1938 y 29 de marzo de 1944, revoca el auto apelado, estableciendo la siguiente doctrina:

a) Que cuando la Ley limita o suspende, en atención a circunstancias excepcionales, la jurisdicción que confiere a los Tribunales, el Registrador, como los demás funcionarios, tiene el deber de observar tal limitación para no incurrir en responsabilidad al cumplir un mandato que infrinja manifiesta y terminantemente una norma jurídica.

b) Que en la citada legislación excepcional no pueden coexistir la prohibición de celebrar subastas y la autorización para efectuar adjudicaciones de fincas, mucho menos en un procedimiento que se celebró sin licitadores en 1933, adjudicándose en 1937, precisamente después de que el Poder público había adoptado las medidas prohibitivas.

c) Que no puede negarse a los Registradores la facultad de apreciar si la jurisdicción está limitada o suspendida en virtud de preceptos legales categóricos y concretos.

Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia
y Registrador de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

I. *La representación de los hijos menores de edad obliga al padre que ejercita la patria potestad a suministrarles litis expensas.*—II. *La madre natural, que contrae matrimonio, no pierde la patria potestad sobre los hijos naturales que tuviere al casarse.*—III. *Imposibilidad de coexistencia de tutela y patria potestad.*—IV. *Valor de la tutela constituida en el caso de la*

(SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947)

ANTECEDENTES.—El año 1928 la Audiencia provincial de Murcia sentenció una causa criminal, por estupro de doña C. P. A., y condenó, como estuprador, a don A. F. F. a reconocer al hijo que la estuprada había dado a luz el 25 de enero de 1928 y que fué inscrito, como hijo natural de dicha señora, en el Registro Civil de Murcia con el nombre de A., constando, por nota marginal, en cumplimiento de la ejecutoria recaída, la filiación natural con respecto al padre don A. F. F. Este, que era fundador Jefe de la Falange de H., murió asesinado por los marxistas el 4 de agosto de 1936, habiéndose instado por doña C. P. A., en el año 1941, en nombre de su hijo natural reconocido, la declaración de herederos *ab intestato* de don A. F. F., logrando el auto de 5 de agosto de 1941, en que se declaró únicos y universales herederos del finado a su madre, doña J. L. F. V., y a su hijo natural reconocido, don A. F. P., éste en la proporción que determina la ley en el artículo 841 del Código civil. Con posterioridad murió la abuela paterna del hijo natural, contándose entre los herederos de la misma un hijo llamado B. F. F., que, según aseveraciones del demandante, posee y disfruta todo el caudal hereditario, tanto del padre como de la abuela del hijo natural.

En 8 de diciembre de 1942, doña C. P. A. contrae matrimonio, y el 18 de diciembre de 1942 acude don M. P. M., padre de la doña C. P. A., al Juzgado, pidiendo la constitución del consejo de familia del hijo natural don A. F. P., que todavía era menor de edad, por entender que doña C. P. A. había perdido la patria potestad sobre su hijo al contraer matrimonio. Consigue la constitución del consejo, formado con parientes del menor sólo de la línea materna. Es designado tutor el abuelo M. P. M., y la tutela debidamente inscrita en el Registro de Tutelas del Juzgado de Murcia, habiéndose deferido el cargo con la asignación de frutos por alimentos.

El abuelo y tutor acudió al Juzgado de Primera Instancia de H., en representación de su pupilo, solicitando se le concediese el beneficio de pobreza para litigar con don B. F. F. en juicio de *ab intestato* de don A. F. F., padre natural del menor, y de nulidad del testamento de la abuela paterna, doña J. L. F. V., por preterición de herederos.

Se opusieron a la demanda don B. F. F. y el Abogado del Estado, alegando el primero, entre otras razones, que la madre natural no había perdido la patria potestad; en período probatorio no se hizo ninguna prueba de la condición legal de pobre de la madre natural del menor, doña C. P. A., apareciendo más bien como rica. El Juzgado de Primera Instancia, el 13 de junio de 1945, dictó sentencia accediendo a la demanda y concediendo el beneficio de pobreza. En apelación, en cambio, la Audiencia de Albacete, el 7 de mayo de 1946, revocó la del inferior, negando, en su consecuencia, el aludido beneficio.

Contra esta sentencia, don M. P. A. interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Unico. Interpretación errónea conducente a su aplicación en sentido indebido del artículo 168, en relación con el 172 del Código civil. Del examen conjunto de esos preceptos, el Tribunal *a quo* deduce que no cabe conceder la pobreza solicitada, toda vez que la declinación más o menos voluntaria que de sus derechos respecto a su hijo hizo doña C. P. A. no la puede eximir de la obligación que, por deberes de naturaleza, tiene a sufragar los gastos judiciales de las acciones que en nombre de su dicho hijo se puedan promover. Esta tesis rebate la del juzgador de instancia, quien, en la sentencia revocada, mantiene una doctrina que, en síntesis, es la que sirve de base al presente recurso. El artículo 168 del Código civil no aclara si el precepto que contiene es solamente aplicable a la viuda que contrae segundas nupcias o, por extensión, alcanza también a los casos en que, al contraer matrimonio, tuviere la mujer descendencia natural, el Juzgado se inclina por el criterio extensivo. Mas, en el caso presente, la realidad muestra la existencia de un consejo de familia y de un tutor, que asumen la íntegra representación del menor, y cuya constitución y subsistencia no han sido impugnadas por nadie. Es evidente que no cabe en buena doctrina legal sostener la coexistencia de la patria potestad materna y la de los citados organismos tutelares. Planteado este problema en el caso presente, la Audiencia yerra decisivamente al intentar soslayar el problema, argumentando, a la vista de los preceptos que esta parte reputa infringidos, que si bien puede estarse ante un caso de suspensión de las relaciones paternofiliales, ello no obsta para que la madre venga obligada a satisfacer los gastos judiciales producidos por las acciones que a nombre de su hijo menor se ejerciten, y ello por deberes de naturaleza. Al argumentar así la Audiencia, ha olvidado el verdadero sentir de los preceptos civiles que suspenden el ejercicio de la patria potestad materna en el caso de contraer nupcias; es evidente que el ánimo del legislador, al contemplar estos casos, fué el convencimiento de que en el matrimonio prepondera y sojuzga la voluntad del varón, por lo que hay que sustraer la patria potestad de la mujer, así mediatizada, a los hijos que pueda tener de un matrimonio anterior, que, de otro modo, quedarían sujetos, a través de su madre, a la voluntad de un extraño; siendo como es cierta esta intención del legislador, es innegable que el precepto del artículo 168 del Código civil es no sólo aplicable al caso de segundas nupcias, sino también al de la mujer que al matrimonio aportara descendencia natural; por eso, en el presente caso, la constitución de organismos para la tutela del hijo de doña C. P. A., cuando ésta contrajo matrimonio, fué medida previsora encajada perfectamente en el espíritu del texto legal que se analiza; legítima la constitución de los organismos tutelares, con la consiguiente transferencia que, en orden al gobierno de la vida de su hijo, confería la ley a doña C. P. A., es indudable que al cesar ésta en el ejercicio de sus derechos quedó automáticamente descargada de las obligaciones correlativas. La tesis de la Audiencia de que, no obstante tener legitimidad los organismos tutelares, en tanto no se instara su supresión en el procedi-

miento correspondiente, la madre continúa obligada a atender a los gastos del menor, es errónea de todo punto. La ortodoxia legal está mantenida en la sentencia del Juzgado; legítima y no atacada en forma la existencia de los organismos tutelares, desaparecen de consuno los derechos y obligaciones de la madre que ha sido privada de su patria potestad; y para resolver sobre la petición de pobreza sólo hay que atender a la notoria falta de recursos propios del menor en cuyo nombre se acude a los Tribunales. Es, pues, patente la interpretación errónea en la sentencia recurrida de los preceptos cuya infracción se denuncia.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, conforme al espíritu en que se inspira el artículo 18 de la Ley Procesal, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, con reiteración, que para otorgar el beneficio de pobreza a los hijos menores de edad no emancipados es preciso que sus padres sean también pobres en sentido legal; porque, si no lo fueren, no hay términos hábiles de acceder a tal pretensión; con tanto mayor motivo cuanto que el artículo 155 del Código civil les impone tal deber como uno de los efectos derivados de la obligación de representarlos, inherente a la organización de la patria potestad.

Segundo. Que, esto establecido, se articula el recurso al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciándose, en el único motivo invocado, la infracción del artículo 168, en relación con el 172, ambos del Código civil, por interpretación errónea conducente a su aplicación en sentido indebido.

Tercero. Que la sentencia recurrida no infringe los preceptos antes citados, ya que la claridad literal de sus términos obliga al juzgador a mantener su criterio, sin contradecirlo con interpretaciones que puedan desnaturalizarlo, por cuanto el artículo 168 sólo hace referencia a la viuda que pasa a segundas nupcias, como asimismo a los hijos legítimos, al establecer que no perderá aquélla la patria potestad si el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento tal contingencia, y ordenado que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos; sin que al artículo 172, complementario de aquél, pueda dársele otro alcance que determinar el momento en que la viuda recobra, por ministerio de la ley, la patria potestad sobre todos los hijos no emancipados al volver a enviudar.

Cuarto. Que, por lo expuesto, y en armonía también con lo estatuido en el artículo 63 del Código civil, tampoco son de estimar las alegaciones del recurrente en torno a la imposibilidad legal de que venga obligada la madre a representar a su hijo, y sufragar los gastos que origine su defensa, en tanto subsista el organismo tutelar, bajo cuya guarda se halla el menor; porque en el supuesto de que la madre natural no pierde la patria potestad, la constitución de aquél no puede tener la virtualidad de mermar ni extinguir los deberes naturales que la corresponden sancionados por la ley civil, aunque por motivos, más o menos justificados, declinase en estos autos la representación del menor; a menos, como dice la sentencia de esta Sala, de 24 de enero de 1900, de subordinar el objeto principal de la defensa a lo que, con relación a ésta, tiene, más que otro, carácter formal.

Quinto. Que no habiéndose intentado siquiera demostrar que la madre del recurrente sea pobre en sentido legal, ni impugnadas las apreciaciones de la Sala sentenciadora, en relación con la holgura social y económica en que aquél se desenvuelve, cae por su base el único fundamento del recurso.

FALLO.—Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

COMENTARIO

Curiosa sentencia la que comentamos, porque al socaire de una sencilla cuestión de pobreza para litigar, se plantea un problema interesante sobre el que sepamos, hasta ahora, no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. Y es lástima que el deseo de ceñirse a los límites de la cuestión planteada, en el único motivo del recurso de casación, haya impedido al Tribunal entrar en todo el fondo del asunto.

Cuatro problemas latén en la sentencia que comentamos: es el primero el relativo a la cuestión discutida, esto es, si se concedía o no el beneficio de litigar, como pobre, al hijo natural demandante; el segundo se refiere a si la madre natural, que contrae nupcias, pierde; durante el matrimonio la patria potestad sobre el hijo natural habido con anterioridad, en aplicación analógica del artículo 168 del Código civil; es el tercero si puede darse una coexistencia entre patria potestad y tutela, y, finalmente, la cuarta cuestión es la del valor de la tutela constituida en el caso a que se refiere la sentencia que comentamos.

I. La obligación de representar a los hijos menores de edad obliga al padre que ejercita la patria potestad a suministrarles litis expensas.

Es muy reiterada, como dice la sentencia en el primer considerando, la doctrina de que, no demostrada la pobreza legal del padre del menor, no puede concederse el beneficio de asistencia gratuita para litigar. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de 16 de febrero de 1876, 21 de septiembre de 1888, 28 de mayo y 8 de octubre de 1904, 21 de diciembre de 1910, 30 de diciembre de 1915 y 22 de septiembre de 1930¹. Y la justificación de esta doctrina la vuelve a encontrar el Tribunal Supremo, como ya lo hizo en la sentencia de 24 de enero de 1900 (también en las posteriores al Código civil, últimamente citada), en la obligación que el

1. Mas la sentencia de 21 de enero de 1903, relativa a un caso en que menores, representados por un defensor judicial, pedían la privación de la patria potestad que tenía el padre natural, dice, por un lado, que "cuando el hijo litigue sin estar representado por sus padres no puede exigirse a éstos el abono de los gastos judiciales, sino en casos de excepción", y por otro, que "no hay razón de justicia ni de equidad que imponga al padre demandado una obligación tan contraria al orden de la naturaleza, como la de contribuir con su patrimonio a su propio descrédito".

artículo 155, párrafo primero, impone de representar a los hijos, en el ejercicio de toda clase de acciones. Dice así esta sentencia de 1900: "Que no es del artículo 134, como tampoco del 114, ni del 143 del Código civil, en que se consignan los respectivos derechos de los hijos naturales y legítimos, de donde se pueden derivar la obligación del padre respecto de los gastos que tengan que hacer los hijos para defenderse en juicio, sino del 155", añadiendo "que la representación atribuída al padre no puede entenderse establecida para el solo efecto de suplir la falta de capacidad del hijo, sino que ha de tener también por objeto hacer eficaz la obligación de la defensa con arreglo a la fortuna del mismo padre"².

II. *La madre natural, que contrae matrimonio, no pierde la patria potestad sobre los hijos naturales que tuviere al casarse.*

Vengamos al problema de si la madre natural, que contrae matrimonio, pierde la patria potestad, durante el mismo, por aplicación del artículo 168 del Código civil. El único motivo de casación añade también infracción del artículo 172 del mismo Código.

El artículo 168 tiene sus antecedentes históricos en el Fuero Juzgo (Ley 3.^a, tit. III del libro IV), que decía: "Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere e si se non casare...", y en las Partidas (Ley 4.^a, tit. XVI, Part. 6.^a); que dice: "El que fuere dado por guardador de huérfanos... deve ser varón e non muger. Fueras ende si fuesse madre o auela que fuesse dada por guardador dellos. Ca estonce, tal muger, como sobre dicha es, si prometierte en mano del Rey o del Juez del lugar, do son los huérfanos que demientra que los moços touiere en guarda que non casara... E la razón por que defendemos que non case demientra que los moços touiere en guarda es ésta: porque podría acaescer que por el grand amor que auría a su marido que tomasse de nueuo, non guardaría también las personas nin los bienes de los moços o faría alguna cosa que se tornaría en grand daño dellos."

En cambio, el artículo 64 de la Ley de Matrimonio civil de 1870 no privaba a la madre viuda, que volvía a casarse, de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio.

El Código Napoleónico, modelo del nuestro en tantos preceptos, adoptaba un sistema diverso: A la muerte de uno de los cónyuges (art. 390) se abre la tutela de los hijos que se encomienda al supérstite. Se da una coexistencia de patria potestad del supérstite con la tutela que ejerce respecto a los bienes heredados del premuerto por los hijos. Pero el marido (artículo 391) puede designar un consejo especial, sin cuya aprobación no podrá la mujer realizar ningún acto de los que, por la tutela, se le ha conferido, salvo que el padre consigne en el nombramiento los actos que su viuda podrá realizar sin tal intervención. Esta facultad se le concede al marido solamente como manifestación de su autoridad marital.

2. Cfr. sobre esta cuestión GÓMEZ MORÁN: *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Madrid, 1947, págs. 325 y sigtes.

Mas si la viuda contrae nuevas nupcias (arts. 395-96), debe ponerlo en conocimiento del consejo, el cual decidirá si ha de seguir con la tutela o no. Si no cumple este trámite se la considera declinada del cargo y solidariamente responsable, con su marido, de la tutela que indebidamente conservan. El consejo de familia podrá acordar lo que le parezca; pero si decide la continuación de la mujer, el nuevo marido será protutor y quedará afecto a las correspondientes responsabilidades³.

Y el Código civil italiano de 1865 disponía lo propio, si bien con matices diferenciales de escasa importancia⁴.

El Código civil español, apartándose de estos Códigos, en que innegablemente se inspiró en tantas ocasiones, y apartándose de la legalidad vigente en España, que permitía a las binubas la conservación de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio (la sentencia de 26 de diciembre de 1908 declaró que conservaban la patria potestad las viudas que contrajeron matrimonio antes de la vigencia del Código, adquiriendo así un estado civil que ha de ser respetado conforme a las disposiciones transitorias), introduce el artículo 168 y su complementario, el 172. Olvidándose, como señala García Goyena⁵, que es de las madrastras de quienes se cuentan los actos de crueldad y mal trato a los hijastros.

La Ley cubana de 18 de julio de 1917 ha derogado sencillamente los artículos 168 y 172 del Código civil (que rige en aquella antigua colonia española), declarando "en su consecuencia (que) la madre que pase a segundas o ulteriores nupcias conservará la patria potestad sobre sus hijos de anteriores matrimonios".

La revisión ordenada en Puerto Rico el año 1902 suprime los artículos 168 y 172 del Código civil (español, vigente en aquella antigua colonia); pero, más tarde, la Ley de 15 de marzo de 1931, reformada después por la de 30 de marzo de 1939, da una nueva redacción al artículo 164 (antiguo 168) y somete al mismo régimen al padre o madre cuyo anterior matrimonio hubiese sido disuelto, por cualquier causa, y contrajere nuevas nupcias. Este régimen es de pérdida de la patria potestad si lo estima oportuno el tribunal, en virtud del juicio declarativo promovido por parientes a quienes correspondería en su caso la tutela⁶.

En la Argentina (art. 308, redactado de nuevo por la Ley de 22 de diciembre de 1926), si la viuda que contrae nuevo matrimonio es mayor de edad, conserva la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior⁷.

El B. G. B. alemán, en cambio, en su § 1.967, dispone que si la madre contrajere nuevo matrimonio, perderá la patria potestad. Conservará, sin

3. Cfr. AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil française d'après la méthode de Zachariae*, tomo IX, París, 1917, págs. 137 y sigtes.

4. Cfr. RUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.^a edición, Mesina, 1926, tomo II, páginas 628 y sigtes.

5. Cfr. *Concordancias*, tomo I, pág. 180.

6. Cfr. MUÑOZ MORALES: *Reseña histórica y anotaciones al Código civil de Puerto Rico*, Puerto Rico, 1947, págs. 117 y sigtes.

7. Cfr. RIVAROLA: *Instituciones del Derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1941, tomo I, pág. 273.

embargo, con las restricciones establecidas en el § 1.696, el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo.

En Portugal (arts. 162 al 164), la viuda que contrae nuevas nupcias pierde la administración de los bienes de sus hijos, conservando, en cambio, la guarda de los mismos. Pero el consejo de familia puede reservarla expresamente el ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso prestará fianza y responderá, solidariamente con ella, de la administración el marido⁸.

En el Código civil suizo (art. 288) se prevé que, cuando las circunstancias lo exijan, se nombrará un tutor al menor cuyo padre o madre, investido de la patria potestad, contraiga matrimonio⁹.

El nuevo Código civil italiano se refiere a la viuda que va a casarse, la cual, antes de hacerlo, debe notificarlo al Tribunal de Menores, y éste, hecha información y oído el Fiscal, delibera si la administración de los bienes puede conservarla la madre o si establece limitaciones respecto a la administración de los bienes y a la educación de los hijos.

Se ve que el Tribunal puede privar a la viuda, que se casa, de la administración de los bienes, y establece que, omitida la notificación, la madre incurre en pérdida de la patria potestad y hace al nuevo marido solidariamente responsable de la administración realizada. Y para impedir que la madre continúe administrando, se dispone que el Tribunal, a instancia del Fiscal, de los parientes o de oficio, cuando no quiere readmitir a la madre en la administración de los bienes, deliberará sobre las condiciones para la educación de los hijos y el nombramiento de un curador para la administración de los bienes. Y el oficial del estado civil debe avisar al Procurador del Rey el nuevo matrimonio de la viuda.

En todo caso, cuando la madre es admitida a la administración, se entiende asociado a la misma al nuevo marido y resulta de ella responsable solidario¹⁰.

Se ve que el Código civil no está de acuerdo con lo que del derecho comparado se deduce; pero los artículos 168 y 172 están en el Código, y a su interpretación y comentario de la sentencia hay que atenerse.

Aunque el artículo 168 habla de pérdida de la patria potestad, más bien hay que hablar de suspensión de la misma; porque, como dice la resolución de 27 de octubre de 1921, si la madre vuelve a enviudar recupera, conforme al artículo 172, la patria potestad sobre todos los hijos no emancipados.

El problema de la sentencia es si estos artículos son de aplicación al hijo natural cuya madre contrae matrimonio.

Indicábamos que el Tribunal Supremo no se había aún pronunciado

8. Cfr. ENNEKERUS-KIPP y WOLFF: *Derecho de familia*, traducción española, Barcelona, 1946, tomo IV, vol. II, pág. 120.

9. Cfr. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado*, 5.ª edición revisada por Ortega Lora, Madrid, 1942, tomo III, pág. 156.

10. Cfr. ROSSEL et MENTHA: *Manuel du Droit civil suisse*, 2.ª edición, Lausanne, sin fecha, tomo I.

11. Cfr. AZZARITTI, AZZARITTI e MARTÍNEZ: *Diritto civile italiano*, Nápoles, 1940, tomo I, págs. 983 y sigtes.

sobre esta cuestión. En cambio, Pedreira¹² señala que hubo una Audiencia territorial que conoció de un caso análogo, y en la referencia que de ella da se recogen todos los argumentos esgrimidos en favor de la aplicación a la madre natural del artículo 168 del Código civil. Los argumentos de esta sentencia, de fecha y Tribunal ignorados, son los de que ni el artículo 154 ni ningún otro establecen que la madre natural que se case conserva la patria potestad, y si la pérdida de ésta se debe a la oposición de afectos entre el nuevo marido y los hijos del vínculo anterior, mayor razón asiste al fundamento cuando de hijos naturales de la esposa se trata. Que el artículo 63 del Código civil, no obstante la prohibición del artículo 168, habla, equiparándolas, de ambas clases de descendencia, como las equipara el último párrafo del artículo 156, en tanto que el 172 previene que, al enviudar la madre, recobra la potestad sobre todos los hijos, lo que supone la pérdida previa, sin distinción de legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

La doctrina, casi unánimemente, es contraria a la interpretación del artículo 168, que acabamos de transcribir¹³. Los argumentos que emplea, algunos de los cuales son aducidos en el único motivo del recurso, son fácilmente rebatibles.

El argumento de que ni el artículo 154, ni ninguno otro establecen la conservación de la patria potestad por la madre natural que se casa, es un argumento pueril. Porque si es cierto que no lo dice el Código, también lo es que señala taxativamente las causas de extinción y pérdida de la misma, y entre ellas se encuentra el artículo 168, del que claramente se deduce que sólo hace referencia a la filiación legítima.

El argumento Aquiles de la tesis de extensión del artículo 168 a la madre natural es el que ya decía la Ley 4.^a, tít. XVI, Partida 6.^a, o sea, que la oposición de afectos en la madre, solicitada por el cariño hacia sus propios hijos y el profesado al nuevo esposo, podrían redundar en daño de los intereses de aquéllos. Se dice que éste es el fundamento de la disposición contenida en el artículo 168 del Código civil y que esta causa también es aplicable a la madre natural (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*). Pero no es seguro que esa sea la causa de lo que dispone el artículo 168, porque en el caso de ser viudo con hijos el que contrae matrimonio, la esposa podría influir perniciosamente sobre él, con daño para los hijos del matrimonio anterior, y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido sostener que habiendo la misma razón de derecho la disposición deba ser la misma.

No es el fundamento, dice Pedreira¹⁴ la incompatibilidad de intereses, porque la sentencia de 19 junio 1901 permitió nombrar tutor de los hijos de la binuba al nuevo marido de la madre. Tampoco lo es la incompatibilidad de efectos porque los de la madre, lo natural es que subsistan, aun después de celebrado el nuevo matrimonio, como subsiste la convivencia,

12. Cfr. PEDREIRA CASTRO: *El Código civil a través de la jurisprudencia*. Madrid, sin fecha, tomo I, págs. 208 y sigtes.

13. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. tomo V, vol. II, Madrid, 1912, 2.^a edición, pág. 1207.

14. Op. cit., pág. 209.

hasta el punto de que el artículo 1.408 considera carga de la nueva sociedad de gananciales la educación de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges. Añadiendo Sánchez Román¹⁵ que no es fundamento de la disposición el temor de que la madre binuba carezca de libertad e independencia para el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, porque el Código civil, en su artículo 63, párrafo 2, dice que la mujer podrá, sin licencia del marido, “ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto de los bienes de los mismos”. El propio Sánchez Román, a continuación, pone de relieve que esta independencia y libertad que el artículo 63 concede a la madre binuba, puede, en la realidad, estar sojuzgada por “estar obligada a la unidad de domicilio por la convivencia conyugal, a la obediencia al marido y a todas las limitaciones y faltas de libertad que su condición de casada produce”, y, por consiguiente, “desde el momento en que el Código hace depender la conservación de la patria potestad, en la madre viuda que pasa a segundas nupcias, sobre los hijos del primer matrimonio de la circunstancia de haberlo autorizado en su testamento el anterior marido, padre de los mismos, es lógico deducir que el Código no ha tenido en cuenta aquella temida falta de libertad e independencia de la madre y que sólo tal disposición significa una especie de pena por no haberse mantenido viuda y, a lo sumo, un medio puesto al servicio del natural recelo que pueda sentir el padre de que, muerto él, sus hijos continúen bajo la patria potestad de la madre, que contrae segundo matrimonio, y tal circunstancia pueda ceder en perjuicio de dichos hijos por hallarse sometida la madre a las influencias legales y morales del nuevo marido”.

Otro argumento, en pro de la tesis que combatimos, es que tanto el artículo 63, como el 156, como el 172, hablan, equiparándolos, de los hijos naturales reconocidos y de los legítimos. Esto es verdad sólo en parte, porque el artículo 172 claramente se refiere a los hijos legítimos de matrimonios anteriores, puesto que habla de madre viuda que ha pasado a segundas nupcias. Si atendiéramos a una interpretación pegada a la letra, como pretende la doctrina contraria, en lugar de poner este artículo en relación con el 168, con el que se conjuga perfectamente, tendríamos que referirle a la madre viuda que, vuelta a casar, enviuda de nuevo y tiene, además de hijos legítimos, hijos naturales reconocidos no emancipados. Este caso no es el de la sentencia que comentamos, ni esta interpretación es de recibo.

Además, los artículos 63 y 156 son una muestra evidente, como excepción que son, de la regla general que el Código sigue de distinguir la filiación legítima de la natural. Cuando habla de filiación el Código, se entiende de la legítima, pues cuando quiere comprender a la natural reconocida o a la ilegítima, lo hace expresamente.

Y este argumento cobra especial relieve en el artículo 168, donde se habla de “madre que pase a segundas nupcias” y de “marido difunto padre de éstos”, con lo que el precepto se refiere con toda claridad a la filia-

15. Op. cit., págs. 1207 y sigtes.

ción legítima. Y el artículo 172, en relación evidente con el 168, vuelve a hablarnos de "madre viuda que ha pasado a segundas nupcias (y) vuelve a enviudar".

No existe contradicción entre los artículos 63 y 168 del Código civil, porque teniendo la interpretación que buscar a la Ley aquel sentido en el cual se desvanezca la incompatibilidad entre dos preceptos, para no dar lugar a una laguna del derecho¹⁶, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 diciembre 1892, dijo que la regla del artículo 63 sólo es aplicable, por lo que hace referencia a la filiación legítima, al caso de que el marido hubiera previsto y autorizado el nuevo matrimonio.

Hay, en favor de la tesis que defendemos, un argumento derivado del carácter odioso de la disposición contenida en el artículo 168, porque está inspirada en el recelo y es privativa de una potestad como la paterna. Las disposiciones odiosas no pueden ser interpretadas ampliamente, sino en sentido restrictivo. Y basándose en este criterio, Sánchez Román¹⁷ dice que el Código civil hace de peor condición a la madre legítima que a la natural, puesto que ésta no pierde la patria potestad cuando se case.

En fin; el artículo 168 es inaplicable al supuesto de filiación natural porque no puede darse el supuesto de que el padre, previendo el matrimonio de la madre natural, la autorizara para conservar la patria potestad (mucho más si el padre era desconocido). Porque la potestad que el artículo 168 confiere al primer marido es una proyección hacia el futuro de la facultad ordenadora y organizadora que tiene sobre su familia. Y en la filiación natural falta, como vamos a indicar, la familia: en el caso presenté de la sentencia comentada, la madre natural reconoció a su hijo, y así lo acredita el acta de nacimiento; con ello adquirieron madre e hijo, respectiva y recíprocamente, un estado de madre y de hijo naturales. Al ser condenado por estupro el padre, como consecuencia vino el reconocimiento de la prole, y a su vez, respectiva y recíprocamente, adquirieron padre e hijo un estado de padre y de hijo naturales. Ningún vínculo más surgió del reconocimiento. Y, por tanto, tampoco entre los padres, quienes, a lo sumo, por el concubito ilícito, pueden originar algún impedimento para el matrimonio de alguno de ellos con parientes del otro (art. 84, 4.º, del Código civil). No existiendo vínculo entre los padres naturales, tampoco puede haber autoridad del varón sobre la mujer, y no habiendo tal autoridad no puede usarse de ello en los términos del artículo 168.

Podría ocurrir, también, que la madre natural reconociera al hijo después de casada y entonces mal podría perder una potestad que aún no había adquirido ni obstáculo legal, que no existe, para adquirirla.

Gómez Morán¹⁸ sostiene la aplicación del artículo 168 al supuesto de filiación natural nacida antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, sin haber sido reconocido tal hijo, ni antes ni después del nuevo matrimonio. Mas en este caso, si estrictamente se trata de un hijo natural, en rigor, mejor, en la realidad se trata de hijo

16. Véase D. DIMCO: *Discurso de apertura de los Tribunales*, Madrid, 1940.

17. *Op. cit.*, pág. 1208.

18. *La mujer en la historia y en la legislación*, Madrid, sin fecha, págs. 130 y sigtes.

legitimado por subsiguiente matrimonio del que no se han cumplido los requisitos de legitimación por pereza, pero cuyo estado de hijo legítimo puede ser reclamado con arreglo al artículo 118 aportando el reconocimiento expreso o tácito que antes se ignoraba o demostrando el marido al casarse conocía el embarazo de su mujer (art. 110, núms. 1 y 3). En pro de la legitimación de estos hijos, por subsiguiente matrimonio, militaría el argumento de no haber hecho uso el presunto padre de la facultad de desconocer la prole que le confiere el artículo 111. Hay que convenir, sin embargo, que el caso es raro ¹⁹.

III. Imposibilidad de coexistencia de tutela y patria potestad.

La madre natural, en la sentencia que nos ocupa, ejercitando un acto de poder personalísimo (así lo dice la sentencia de 5 enero 1945, corrigiendo a Cicu ²⁰, que habla de poder familiar), reconoció a su hijo dándole un título de estado de hijo natural, que, si bien no alcanza a crearle una familia ²¹, sí, por lo menos, determina una relación entre padre e hijo (ver Sent. 5 enero 1945), y esta relación no es otra que la paterno filial, porque filiación, según la definición concisa y elegante de Planiol ²², no es otra cosa que "la relación que existe entre dos personas de las que una es padre o madre de la otra". El contenido de esta relación desde el lado del padre, o si se prefiere usar la terminología italiana preconizada por Cicu, al estado de padre se le aplica la definición de la patria potestad de Clemente de Diego ²³, "deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de la persona y bienes de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos". Y las sentencias de 24 mayo 1909 y 24 junio 1929 destacan en la patria potestad el interés del hijo, quedando el de los mismos padres en segundo plano.

La patria potestad es una institución natural que no necesita del derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado, habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obliga-

19. La ley de Divorcio de 1932, en su art. 21, permitía conservar la patria potestad a la divorciada que se casaba de nuevo, y en su virtud la Orden de 4 de octubre de 1933 dijo que no podía ser de peor condición la viuda que de nuevo se casaba que la divorciada, y que estaba bien extendida una escritura de emancipación de un hijo menor, otorgada por la madre viuda, después de haberse vuelto a casar. Hoy no puede dudarse de la vigencia del art. 168 (resolución de la Dirección de 17 de julio de 1940): mas la viuda o divorciada que contrajo matrimonio antes de la derogación de la ley del Divorcio, el 23 de septiembre de 1939, publicada en el *Boletín Oficial* de 5 de octubre, conserva dicha patria potestad. Cfr. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 6.ª edición revisada por Bonet, Madrid, 1945, tomo I, págs. 81 y sigtes.

20. *La filiación*, traducción española de Giménez Arnáu y Santa Cruz, Madrid, 1930, página 213.

21. Aunque tampoco se lleva con excesivo rigor el criterio de falta de estado familiar en los hijos naturales, como acredita una simple ojeada a los arts. 46, 84, 302 y 945 del Código civil.

22. *Traité élémentaire de Droit civil français*, tomo I, 8.ª edición, París, 1920, página 419.

23. *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, Madrid, 1930, pág. 538.

dos e inclinados a actuar, con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando, para mejor actuar la protección al hijo. Por eso el Estado, que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos. En la familia se da un triple interés: individual, familiar²⁴ y estatal que se traduce en preceptos especiales que demuestran la existencia y la protección del Derecho a los mismos; mas el interés del Estado es un interés que corre paralelo al familiar, y por eso este interés, como mejor se tutela es haciendo que se consiga plenamente la finalidad familiar, y uno de los modos es establecer firmemente la patria potestad para que actúe en la órbita de la autonomía familiar. Mas como somos humanos y puede haber desviaciones de las finalidades familiar y estatal o se puede ejercitar la patria potestad con abuso, o infringir el deber de ejercitarla, el Estado toma sus precauciones estableciendo órganos de vigilancia del ejercicio de las potestades patria y tutelar²⁴, o estableciendo sanciones penales por la infracción de los deberes paternos (arts. 487 y 488 del Código penal), sanciones que, inclusive, llegan a veces a la privación de la misma patria potestad (delito de abandono de familia creado por la Ley de 12 marzo 1942 y hoy recogido por el artículo 488 del Código penal)²⁵.

Es lo que expresa Barassi²⁶ al decir que "resulta que la patria potestad, que el progenitor tiene el deber de ejercitar, y no por su propio interés, constituye una típica función. A la que está unido, junto al interés del menor y de la familia, un interés del Estado, hoy aún más vibrante. El Estado lo tutela con órganos propios mediante la vigilancia y control y mediante sanciones; sin que, por lo demás, la patria potestad, substancialmente ligada al afecto del padre, salga fuera del derecho privado. El progenitor ejercita la patria potestad a la luz de la afectiva solidaridad familiar y provisto de un poder de representación en cuanto a los actos civiles del hijo menor".

Este párrafo es de perfecta aplicación a nuestro derecho, especialmente al derecho actual, en el que ese interés paralelo del Estado está más evidente que antes en virtud de la aludida creación de los Tribunales tutelares de menores y del delito de abandono de familia. Pero, además, el interés del Estado español, por lo que a patria potestad se refiere y por su recto ejercicio, está bien patente, porque nada menos que merece una declaración del Fuero de los Españoles, que en su artículo 23 dice: "Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente y transferirá la guarda y educación de los menores a quienes por Ley corresponda".

Por si no estuviera suficientemente claro en el Código civil, especialmente en el número 1 del artículo 156, que en la patria potestad domina la idea de deber, ha venido la Ley de 12 marzo 1942, con el delito que crea,

24. Cfr. ley de 12 de diciembre de 1940.

25. Cfr. CUELLO CALÓN: *El delito de abandono de familia*, Barcelona, 1942.

26. *La famiglia legittima nel nuovo Codice civile*, 2.^a edición, Milán, 1941, página 234 y sigtas.

de abandono de familia, a sancionar, enérgicamente, a quienes a tales deberes faltaren.

Por otro lado, de todos los textos legales citados se deduce, recordando el giro romano (interest reipublicae), que interesa al Estado que la patria potestad se ejercite y que se ejercite dignamente en provecho de la alimentación, educación, guarda y representación de los hijos menores. Porque, no por muy repetido debe olvidarse recordar que la familia, según Cicerón (*De Officiis*, I, 18, aunque habla propiamente de matrimonio), es "principium urbis et quasi seminarium reipublicae".

Siendo delito el abandono de familia y de orden público las disposiciones que reglamentan la patria potestad (no entramos en la cuestión de si el derecho de familia corresponde al privado, sin decir que pertenece al público), la declinación de ésta, "por motivos más o menos justificados", que dice la sentencia, no puede tener ningún valor. No comprendemos cómo se puede hablar, en la sentencia que comentamos, de motivos justificados de declinación de la patria potestad; éstos no pueden darse ni en el caso que comentamos ni en ningún otro²⁷. El padre que ejercita la patria potestad puede verla extinguirse, o perderla, o serle suspendida, pero de ninguna manera puede declinarla.

La frase "declinar por motivos más o menos justificados" está tomada a la sentencia de 24 enero 1900. Ambas sentencias, la de 24 enero 1900 y la que comentamos, hablan de declinación de la representación en autos, pero los casos controvertidos son diferentes, porque la declinación que se daba en la sentencia de 24 enero 1900 era perfectamente ortodoxa, ya que se trataba de no representar a unos hijos naturales, su padre, por motivos de delicadeza, ya que litigaban con la esposa de este último. Pero allí el padre no declinó la patria potestad, sino que proveyó a los hijos de defensor judicial. Podría (no es este lugar de discutirlo) dudarse de si era adecuada la designación del defensor, pero no se oculta que la designación del mismo es compatible con la subsistencia de la patria potestad, y su designación se hace para supuestos de oposición de los intereses del menor con su padre (art. 165).

En la sentencia que comentamos no se acude a la designación de un defensor judicial, sino a la constitución de un organismo tutelar en toda regla, razón por la que el empleo del giro declinación de la representación en autos, de que habla la sentencia, tiene un mayor alcance que tuvo en la sentencia de 1900.

Y esto nos lleva de la mano al problema interesante de la coexistencia entre tutela y patria potestad. El Tribunal Supremo, en su afán de ceñirse al recurso y a su único motivo de casación, ha dictado un cuarto considerando que, indirectamente, al hablar de que los deberes naturales de la patria potestad no quedan mermados por la constitución de la tutela, y añadir "aunque por motivos más o menos justificados declinase en estos autos la representación del menor", parece llevar a la doble conclusión: 1.ª, que puede ser legítima la declinación de la representación en estos autos, y 2.ª, que podrían darse simultáneamente pleitos en que

27. Véase lo que a continuación decimos.

la representación del menor la llevase la madre natural y otros en que declinase esta representación. Las consecuencias apuntadas, que también en parte, son debidas al precedente de la sentencia de 24 enero 1900, son completamente inadmisibles, y sobre ellas ni podía declararse partidario el Tribunal Supremo ni directamente las patrocinara.

Hay una incompatibilidad legal entre patria potestad y tutela (artículo 19 del Código civil). Sánchez Román²⁸ nos dirá con su habitual seguridad: "intégrase el concepto legal de la tutela, según el Código, con las otras dos condiciones negativas que aquel texto señala a los tutelados, a saber: 1.ª, que no estén bajo la patria potestad, por incompatibilidad entre ambas situaciones civiles, toda vez que la patria potestad es institución familiar y la tutela cuasi familiar, y, por consiguiente, supletoria de aquélla e innecesaria cuando la primera existe".

En el Apéndice foral aragonés, partiendo de la base de la vigencia del artículo 168 del Código civil, prevé en el artículo 2.º, párrafo 1.º, que "no se podrá separar a los hijos e hijastros de la compañía del cónyuge superviviente, aunque pase a otro matrimonio, mientras haga efectiva la obligación legal de alimentarlos, a menos que exista para la separación motivos de moralidad o de mal tratamiento". Es decir, que se da la hipótesis de una coparticipación de las potestades sobre el hijo menor, entre la madre binuba, que conserva la guarda de los hijos, y la tutela constituida que actuará en todo lo demás. Es el único supuesto de coexistencia entre la patria potestad y la tutela, coexistencia que, al decir de Castán²⁹, ha dado mal resultado, pero que, de hecho, se da también bajo el imperio del derecho común, en méritos del artículo 1.408, núm. 5, que pone al cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento y la educación de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges.

La sentencia que comentamos da una solución fragmentaria, si bien legítima, al choque entre tutela y patria potestad en punto a representación en toda clase de acciones que a los hijos competan. Y la solución no podía ser más que favorable a la patria potestad, a la que, conforme al artículo 155, núm. 1, compete el "deber" de representar a los hijos menores no emancipados.

IV. *Valor de la tutela constituida.*

Esta solución fragmentaria debe ser extendida a la totalidad de aspectos que la patria potestad presenta. No perdiendo la madre natural, al casarse, la patria potestad sobre el hijo que hubo de soltera o de viuda, la tutela no tiene posibilidad de crearse, y creada no puede subsistir. Por eso la tutela constituida perecerá a la primera acometida que, contra ella, se suscite. Esta acometida podrá venir de la madre natural para recuperar la plenitud de una potestad nunca perdida, de la persona que tenga interés en que desaparezca la tutela, inclusive del Ministerio público.

28. Op. cit., pág. 1315.

29. *Derecho foral*, 2.ª edición, Madrid, 1932, pág. 37.

Mas en tanto no se produzca el derrumbamiento de la tutela creada, ¿qué valor tendrá? Suele dividirse la tutela desde el punto de vista de su debida constitución y funcionamiento en tutela de hecho y de derecho. Esta última se refiere a tutela debidamente constituída y que funciona legalmente. En el concepto preciso de tutela de hecho discrepan los autores. Ya en el derecho romano se discute sobre la misma cuestión terminológica, esclarecida por un trabajo de Solazzi³⁰, pues mientras autores, como Girard^{30 bis}, parecen equiparar el protutor y el falsus tutor, Maynz³¹, en cambio, los distingue.

En Derecho extranjero, aparte las referencias de los tratados generales, hemos de anotar un trabajo de Sumein, de principios de siglo³², sobre el tema de la tutela de hecho, y en Derecho español no hacen referencia a ella los tratados generales³³; se detiene un poco en ella De Buen³⁴, la dedica un capítulo Escobar de la Riva³⁵ y un estudio completo, aparecido simultáneamente en portugués y en castellano, Ortega Pardo³⁶.

Vemos que para Escobar de la Riva los casos de tutela de hecho, en el Derecho español, son los siguientes:

"a) Deducido de la R. D. G. R. 17 marzo 1893, el del tutor nombrado por el Consejo de familia y que como tal actuó (en el caso resuelto enajenando una finca) antes de haber sido removido el autor anterior (vid la S. T. S. 28 junio 1913).

b) El del tutor que, habiendo sido declarado firmemente incapaz para el cargo por el Consejo de familia, continúa el ejercicio de la tutela hasta el nombramiento de un nuevo tutor (art. 243, 2.º, C. c.).

c) El del tutor que continúa dicho ejercicio después de la mayoría del pupilo o de su habilitación de edad, o de haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces sujetos a interdicción o prodigios (artículo 278 C. c.).

Según algunos autores, la tutela de hecho no podrá existir en ninguno de dichos casos (debe referirse a los de la letra c), porque en todos ellos se ha extinguido la misma por falta de pupilo y no cabe que la haya sin éste."

Por su parte, Ortega Pardo clasifica los supuestos de tutela de hecho del siguiente modo, en cuatro grupos:

"1. Cuando una persona no nombrada tutor se apodera de la tutela,

30. *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, en el Archivo jurídico, 1924, páginas 150 y sigtes.

30 bis. *Manuel de Droit romain*, París, 1924, 7.ª edición, pág. 230, nota 7.

31. *Cours de Droit romain*, tomo III, pág. 319.

32. *Essai sur les tuteurs de fait*, en la "Revue trimestrielle de Droit civil", 1903. También DUBOIS: *De la tutelle de fait*, Rennes, 1934.

33. A lo sumo, como DE DUBOIS (loc. cit., pág. 598), hacen referencia al protutor del Derecho romano.

34. COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción española con notas de Demófilo de Buen, tomo II, vol. I, Madrid, 1923, págs. 41 y sigtes.

35. *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 245 y sigtes.

36. *La tutela de hecho*, en la "Revista de Legislación y Jurisprudencia", año 1947, tomo XIV de la segunda época, págs. 80 y sigtes.; *La tutela de facto*, en el "Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", tomo XXIII, págs. 1 y sigtes.

ejerciéndola de hecho. Muchos son los casos que dentro de este grupo pueden presentarse. El más frecuente es el de un tutor apocado o de avanzada edad, que descargue por entero la administración de la tutela, violando las disposiciones de la ley, en un tercero que de hecho la ejerce.

2. Cuando una persona es nombrada tutor, pero no puede desempeñar su cargo por comprenderle alguna de las incapacidades del artículo 237 o no ha cumplido todos los requisitos que la ley exige para empezar el ejercicio de sus funciones, y, sin embargo, desempeña la tutela.

3. Cuando el que ha sido legalmente nombrado tutor, válidamente toma posesión del cargo y comienza su gestión; pero posteriormente, por alguna de las causas del artículo 238 (núms. 1, 3 y 4), se le remueve del mismo, continuando, no obstante, en sus funciones.

4. Cuando una vez terminada la tutela, por las causas que prevé el artículo 278, continúe el tutor, a pesar de ello, desempeñando sus funciones, aplazando la rendición de cuentas que prescribe el artículo 281." (A nuestro entender, este caso, aunque se presenta por los autores como uno de los de tutela de hecho, es un supuesto diferente.)

Se observa que, en ambas enumeraciones de supuestos de tutela de hecho, recibe el mismo tratamiento el caso del tutor que continúa en la tutela a pesar de que el pupilo ha llegado a la mayoría de edad. La cuestión es controvertida; pero a nosotros nos interesa destacar que el argumento para excluir la tutela de hecho es el fundamental de inexistencia de pupilo. Este caso se da también en la sentencia que examinamos: no hay pupilo; hay, además, persona investida de la patria potestad; dos razones o, mejor, dos aspectos de una misma razón, suficientes para eliminar el concepto de tutela de hecho.

Los actos realizados por semejante organismo tutelar serán nulos: ya veremos qué clase de nulidad les afecta. Y la propia madre natural podría echarlos abajo, sin que pudiera oponérsele para impedirlo la teoría de los actos propios. Así, por ejemplo, podría imprimir una nueva orientación a la educación que el organismo tutelar hubiera señalado al hijo, aunque lo hiciera el tutor con la aprobación del Consejo de familia (artículo 269, núm. 2.º); podría imponer castigo a su hijo natural (de conformidad con artículos 155, núm. 2.º, y 156), e incluso deshacer la habilitación de edad que hubiera podido conceder al hijo el Consejo de familia (artículo 323).

Aunque no dejaría de ser posible que el Juez, a quien, por ejemplo, acudiera, amparada en el artículo 156 del Código civil, para imponer un castigo al hijo, se negase a autorizarlo sin haber declarado previamente la nulidad de la tutela constituida. Mas no cabe dudar que un Registrador de la propiedad podría negarse a inscribir la escritura de enajenación de bienes del hijo natural en cuanto le constara la menor edad de éste y que vivía su madre, porque entre las facultades calificadoras está precisamente, con arreglo al artículo 18 de la ley Hipotecaria, la que se refiere a la capacidad de las partes.

A mi juicio, la nulidad de los actos y contratos, realizados por el tutor en nombre del pupilo, será una nulidad relativa. Obsérvese en el caso de autos que la tutela, desde que se creó hasta la sentencia que comentamos, ha durado cinco años, durante los cuales el organismo tutelar ha estado actuando, y declarar la nulidad absoluta de toda esta gestión sería tanto como aplicar un criterio similar al que pretendía Fernando VII al hablar de los mal llamados años. Lo vivido, y más si tiene carácter de gestión de una serie de asuntos y tiene un tracto largo de desarrollo, tiene en sí una aspiración legítima a ser mantenido, so pena de crear problemas inmensos. En el presente caso, una nulidad de todo lo actuado por la tutela traería más perjuicios que ventajas para el menor. Por eso es preferible el criterio de anulabilidad, que puede dar lugar a que los actos se convaliden por la prescripción sanatoria (artículo 1.301), a que sean confirmados por el menor al salir de la minoría de edad (artículo 1.310), o a que sean ratificados (artículo 1.259, párrafo segundo, y artículo 1.892). Ya veremos los criterios doctrinales que amparan una u otra solución. Lo cierto es que la propia ley opta por la convalidación, en bloque, de ciertos actos, como los pagos a que se refieren los artículos 275, núm. 2.º, y 1.163, que son liberatorios si se han convertido en utilidad del menor.

El tratamiento jurídico de toda esta gestión tutelar exige, a mi entender, distinguir entre relaciones externas, o sean las del tutor con terceros, y relaciones internas, o sean las del organismo tutelar con el menor. A unas y a otras hay que aplicar o se pueden aplicar diferentes reglas. Por lo que se refiere a las relaciones internas hay que aplicar las reglas de la tutela, por lo general. Porque teniendo que tener por criterio fundamental, en este supuesto, el interés del menor, éste quedará mejor salvaguardado aplicando las reglas de la tutela, que son más rigurosas que si se aplican las del mandato (tácito) o de la gestión de negocios ajenos. Por otro lado, creando todo el organismo tutelar y obrando el tutor bajo la estrecha dirección del Consejo de familia, no sería justo excluir la responsabilidad de todo el organismo tutelar, agravando la correspondiente al tutor. Decimos que, por lo general, se aplicarán las normas de la tutela, porque habrá casos en que estas normas, por el supuesto anómalo que contemplamos, no serían aplicables, por ejemplo, lo relativo a las cuentas que debe rendir el tutor que es sustituido por otro (artículos 279 y 280), porque aquí no entra un nuevo tutor en la tutela, sino que entraría la madre con patria potestad.

Las relaciones externas del tutor con terceros se podrían regir por varios criterios, o por la asimilación al supuesto de gestión de negocios³⁷, o por la teoría del mandato tácito³⁸, o por las reglas de la tutela, ya sea basándose en la idea de la apariencia que debe ser protegida, ya en la máxima de error "communis facit jus", ya en la aplicación ana-

37. DE BUEN, op. cit., pág. 198; LAURENT: *Principes de Droit civil français*, tomo IV, Paris, 1878, pág. 486.

38. ESCOBAR DE LA RIVA, op. cit., pág. 251.

lógica de la doctrina de los funcionarios de facto³⁹. Es inaplicable al caso la tesis de la "administratio conexa"⁴⁰.

Si insistimos en la idea de que, en la pugna de intereses entre el menor y los terceros, el de aquél debe prevalecer sobre los de éstos, tendremos que rechazar, para este caso que motiva nuestro comentario, la tesis de aplicación de las reglas de la tutela, porque entonces el menor o su madre natural no podrían impugnar los actos realizados por el tutor cuando hubieran sido ajustados a las reglas que gobiernan la tutela.

Es preferible cualquiera de las otras dos teorías, especialmente la de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Ignacio SERRANO Y SERRANO

39. ORTEGA PARDO, *op. cit.*, pág. 101.

40. SUMMEN, *loc. cit.*, formula esta teoría que tiene su entronque en el texto del Código de Justiniano, ley 11, Libro V, tít. LI: "Tutor post puberem aetatem puellae, si in administratione connexa perseveraverit, tutelae actione totius temporis rationem praestare cogitur".

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 Escosa San José, Abogado del I. C. de Madrid.

SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1947

Civil—posesión: material y jurídica.

La posesión conferida mediante diligencias judiciales de posesión es la material, distinta de la jurídica, que otorga la escritura de adquisición.

Civil—precario.

Constituye la esencia del precario, según la moderna jurisprudencia de este Tribunal Supremo más concretamente expuesta en las sentencias de 4 de diciembre de 1933 y 5 de diciembre de 1934, la tenencia o disfrute de cosa ajena sin título eficaz que oponer al ejercicio de los derechos dominicales, que puede tener su origen en distintas causas, como la tolerancia del propietario, no haber podido éste ejercitar sus derechos a la cesación de una situación jurídica anterior, y consecuencia natural de esa esencia de la institución es la falta de pago de merced para tal disfrute.

Civil—precario.

No puede reputarse título para continuar en el disfrute de la finca el ser la recurrente esposa del anterior dueño de la finca, precisamente separada de su marido, ni el que esté gravado el inmueble con una hipoteca en favor de la mujer.

ANTECEDENTES.—El demandante formuló demanda de desahucio en precario contra D.^a Francisca Ribas Aurich, por haber adquirido por compra al marido de ésta las fincas objeto del desahucio. Estas, durante el período rojo, habían sido donadas por éste a su mujer; donación que había sido declarada nula, por lo que, a juicio del actor, se ocupaban en precario por la demandada, que vivía separada de hecho de su marido. El Juzgado de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda, sentencia que fué revocada por la A. T., formalizándose recurso de casación por infracción de ley por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Véase el primer considerando.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el único motivo de casación alegado para estimar infringidos el párrafo segundo del artículo 1.472 del Código

civil en relación con el 1.564 y 1.565, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento civil, parte del concepto de que la demandada no ocupa como precarista la finca de autps y del hecho de que no tenía la posesión real de ésta el demandante, bases ambas igualmente erróneas.

Segundo. Que constituye la esencia del precario, según la moderna jurisprudencia de este Tribunal Supremo más concretamente expuesta en las sentencias de 4 de diciembre de 1933 y 5 de diciembre de 1934, la tenencia o disfrute de cosa ajena sin título eficaz que oponer al ejercicio de los derechos dominicales, que puede tener su origen en distintas causas, como la tolerancia del propietario, no haber podido éste ejercitar sus derechos o la cesación de una situación jurídica anterior, y consecuencia natural de esa esencia de la institución es la falta de pago de merced para tal disfrute, circunstancias que se dan en el presente caso, pues no pueden reputarse títulos para continuar en el disfrute de la finca el ser la recurrente esposa del anterior dueño de la finca, precisamente separada de su marido, como afirma el considerando cuarto de la sentencia recurrida, ni el que esté gravado ese inmueble con una hipoteca en favor de la demandada, ya que esto no constituye más que una garantía para la devolución de la cantidad asegurada.

Tercero. Que el hecho afirmado al final del considerando quinto de la sentencia de la Audiencia de que se diera al demandante la posesión de la finca a título de dueño en la escritura de compra no ha sido impugnado en el recurso en la única forma en que puede hacerse en casación, y nada supone enfrente de esa posesión el que tal escritura se inscribiera en el Registro de la Propiedad después de presentada la demanda y antes de celebrarse el juicio, porque la Sala sentenciadora hace derivar el hecho de la posesión, no de la Legislación Hipotecaria, sino de lo consignado en la escritura; ni tampoco significa nada en contra de esto que en cumplimiento de la sentencia de anulación de la donación anterior a la compra por el demandante se diera la posesión material de la finca al vendedor, marido de la desahuciada, después de presentada la demanda, porque lo que en esas diligencias judiciales de posesión se da es la posesión material, distinta de la jurídica que otorgó la escritura de adquisición, y que precisamente por su diferencia y no ser coetáneas es por lo que se hace posible el desahucio, como dice con acierto la sentencia recurrida.

Cuarto. Que, por todo lo expuesto, no ha incidido esa sentencia en las infracciones que se invocan en este recurso de casación.

Quinto. Que la falta de fecha en la diligencia de entrega del testimonio de la certificación para interponer el recurso de casación es una infracción de importancia porque desde esa fecha empieza a contarse el plazo para la formalización del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1947

Civil—contratos—préstamo—devolución.

La duración y el vencimiento que faculta al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación que el artículo 1.753 del C. c. impone al prestatario son términos correlativos y no dependen de las operaciones de liquidación que para la efectividad de aquella operación hayan de practicarse.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no constituir fundamento del fallo.

No puede prosperar el motivo alegado por no constituir en realidad el fundamento del fallo que se impugna.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por constituir una cuestión nueva.

Si la cuestión planteada en casación no lo ha sido en el juicio, su novedad la priva de acceso en casación.

ANTECEDENTES.—Planteado juicio de desahucio por precario por doña María Joaquina Beloso Fernández, por ocupar su hermano D. Luis un local dedicado a comercio de ultramarinos ocupado por autorización de su madre mientras durara el contrato de préstamo que ésta había hecho a aquél el 27 de febrero de 1928, estimaba la demandante y propietaria de la finca, heredada de su madre, que debía haber lugar a su demanda por haber expirado el préstamo.

El demandado se opuso por subsistir el préstamo ya que él era legatario de la mitad de las cantidades adeudadas por intereses al fallecimiento de la su madre y acreedora.

El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, en 3 de octubre de 1945, dictó sentencia sin dar lugar al desahucio, que fué revocada por la A. T. el 21 de noviembre del año siguiente, que fué recurrida por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Por recogerse en los considerandos no los exponemos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que discutido en el juicio el concepto en que D. Luis Beloso Fernández ocupa los locales objeto del desahucio instado en la demanda, habiéndose opuesto a ésta por aquel demandado su derecho fundándolo en la doble alegación de hallarse autorizado para ello mientras durase el contrato de préstamo que con él había otorgado su madre, y causante también de la autora, el 27 de febrero de 1928, por hallarse así estipulado en la cuarta de las cláusulas, y de que en el mismo contrato, aunque expresamente no constase, subyacía un verdadero arrendamiento, la Sala de instancia, con apreciación de las pruebas practicadas y como razón fundamental de su fallo, estimó que antes de deducirse

la demanda correspondía ya al demandado la condición de precarista, porque de los elementos probatorios que el Tribunal *a quo* analizaba se desprendía que a raíz del fallecimiento de la común causante de las partes interesadas en el contrato de 27 de febrero de 1928, constitutivo del título que para el disfrute gratuito de los locales en cuestión asistía al demandado mientras el préstamo en él concertado durase, éste, con las demás obligaciones contenidas en el contrato, se había dado por terminado y vencido por actos propios de las mismas partes.

Segundo. Que con abandono del segundo de los supuestos fundamentales de su oposición a la demanda combate el recurrente en el primero de sus motivos la apreciación por la sentencia recurrida de la realidad del precario, que en ella se afirma, reputándola equivocada e infractora de los fragmentos que cita del Digesto en su coincidencia, que dice sustancial, con los artículos 1.156 y 1.157 del Código civil en cuanto establecen que todas las obligaciones se "disuelven" por el pago o cumplimiento, con lo que, sin impugnar los hechos de que la Sala inferior deriva el vencimiento del préstamo cuya duración condicionaba el derecho de D. Luis Beloso a ocupar gratuitamente los locales en que tiene establecido su comercio, razona, para demostrar la infracción de los preceptos que cita, en el sentido de que el préstamo dura mientras no se liquide, determinándose el saldo favorable o adverso a la causahabiente de la prestamista, razonamiento inconsistente a todas luces para sustentar el motivo, y que por ello lo hace desestimable, porque la duración y el vencimiento que faculta al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación que el artículo 1.753 del Código civil impone al prestatario son términos correlativos y no dependen de las operaciones de liquidación que para la efectividad de aquella obligación hayan de practicarse.

Tercero. Que en el segundo de los motivos del recurso, puesto, como el anterior, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa la infracción del contrato de 27 de febrero de 1928, por estimar equivocadamente interpretada su cláusula cuarta en uno de los considerandos de la sentencia recurrida, e inaplicado además el texto de la segunda cláusula del mismo al no haberse requerido con un año de antelación al prestatario, y no puede el motivo prosperar porque lo impide, en cuanto a la primera de estas alegaciones, el que entre las disposiciones que el recurrente cita no señala ninguna que pueda servir de apoyo a la interpretación que opone a la que entiende equivocada, que en realidad no constituye el fundamento del fallo que se impugna, y, en lo referente a la segunda, porque la cuestión que plantea no lo ha sido en el juicio, y así, su novedad la priva de acceso a la casación, conforme a una reiterada jurisprudencia.

Cuarto. Que constituye el concepto del precario el uso o disfrute de cosa ajena sin más razón que la de hallarse tolerado por el dueño o poseedor real, lo que tanto quiere decir como que sin mediar renta, merced o título actual que a su tenencia dé derecho, ya que al no concurrir alguna de estas circunstancias sólo de la voluntad de aquel que tiene el dominio o posesión real depende el poner término a su tolerancia; y de-

clarado en la sentencia objeto del recurso el término y vencimiento del contrato de préstamo en virtud del cual y para mientras durase ocupaba D. Luis Beloso los locales a que se refiere el fallo que da lugar al desahucio, no es dable desconocer que con arreglo a la doctrina que antecede la Sala sentenciadora no incidió, al estimar que la expresada ocupación era tenida por el hoy recurrente como precarista a partir de la terminación del contrato aludido, en la infracción de doctrina que denuncia el recurrente en su tercer motivo, que por ello ha de ser también rechazado.

Quinto. Que tampoco es estimable el motivo cuarto, por cuanto refiere las infracciones que se oponen en él a la falta de legitimación activa de la demandante y a la prescripción, extintiva para la misma y adquisitiva para el demandado, de la posesión civil de los locales al haber consentido aquélla el disfrute de éstos por más de un año, ya que no habiéndose propuesto estas cuestiones para su discusión en el pleito son, como nuevas en el recurso, inoperantes para la casación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1947

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por citarse preceptos no aplicables.

No puede alegarse en casación como infringidos los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil cuando la Sala sentenciadora no apreció la prueba de presunciones¹.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de hecho: acto auténtico.

No es acto auténtico para fundamentar el recurso de casación la correspondencia cruzada entre el demandado ejecutante y un socio de la entidad parcialmente embargada ajeno totalmente al pleito.

ANTECEDENTES.—Doña María de los Dolores Alcón Pérez, asistida maritalmente, dedujo en Avilés demanda en juicio de mayor cuantía sobre tercería de dominio contra don José Manuel Ortiz Villar y don Siro Alcón Pérez, alegando que, a petición del primero, le había sido embargada la cuarta parte del comercio "Almacenes Alcón, S. L.", de Valencia de Don Juan, por considerarla propiedad del segundo, afirmando que éste no tenía participación alguna en dicho negocio, pues la que tuvo fué adquirida por la demandante en virtud de compraventa en escritura pública, solicitando el alzamiento del embargo.

El ejecutante, don José Manuel Ortiz Villar, se opuso a las pretensiones de la demandante, afirmando que, efectivamente, hubo una supuesta enajenación sin eficacia jurídica; que el crédito ascendía a 50.000 pesetas entre la letra ejecutada y la cantidad restante, y acompañando cartas sus-

1. Ver considerando primero.

critas por un hermano del deudor y de la tercerista trataba de demostrar cómo los familiares de don Siro Alcón aparentaron buscar una solución amistosa al asunto para dar tiempo a la insolvencia aparente de su hermano, como lo demuestra la enajenación hecha a la demandante de los bienes inmuebles que su hermano tenía en el simulado precio de 100.000 pesetas, cuando su valor efectivo era de más de 100.000, y a los veintitantos días de suscribir la letra reconociendo la deuda, la enajenación de la participación en el negocio, también en la simulada cantidad de 100.000 pesetas, cuando su valor excedía de 250.000, sobre los bienes embargados ordenaba el alzamiento sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

La parte demandada formalizó recurso de casación basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: Error de derecho en la apreciación de la prueba; más concretamente, en la valoración de los hechos, que en este caso se efectúa en contra de las reglas del criterio humano, límite jurisprudencial a la doctrina que dispone que las deducciones son de apreciación del Tribunal sentenciador, violando por interpretación indebida los artículos 1.249 y 1.253 del C. c.

Segundo. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: Error de hecho en la apreciación de la prueba por valoración errónea de los actos y documentos auténticos, admitidos como tales en la sentencia recurrida.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: Infracción por aplicación indebida del artículo 1.261 del C. c., consecuencia de los errores de hecho y derecho padecidos en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el primer motivo de casación alegado se funda en error de derecho, con infracción por inaplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, por no haber estimado la sentencia recurrida la prueba de presunciones, al no deducir de los hechos que cita la simulación del contrato de 17 de marzo de 1942, y basta para rechazar este motivo la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 1932 y 12 de abril y 29 de noviembre de 1946, de que no pueden estimarse infringidos esos artículos cuando la Sala sentenciadora no apreció la prueba de presunciones.

Segundo. Que no se da el error de hecho que es objeto del segundo motivo del recurso porque no es acto auténtico, a los efectos de fundar aquél; que don Siro Alcón, demandado en esta tercería y en el juicio ejecutivo con el que se relaciona, hubiera contratado con un periódico un anuncio como condueño de la Sociedad Almacenes Alcón, máxime cuando estos Almacenes rechazaron su pago, como afirma la sentencia recurrida, ni son a los mismos efectos documentos auténticos la correspondencia cruzada entre el demandado ejecutante y uno de los socios de aquella Sociedad ajeno totalmente a los dos pleitos, ni tampoco las escrituras de fechas 13 y 17 de marzo de 1942, porque además de ser esta última la impugnada de simulación no demuestran por sí solas, como requiere la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, hechos contrarios a los que admite la Audiencia, pues ya el mismo recurrente al formular su motivo no hace aparecer el error que invoca de los hechos que constan en tales escritos, sino de las deducciones que pretende de éstos, es decir, de su propio juicio sobre su contenido, y la letra de cambio que también cita no prueba, por ser su valor de 17.500 pesetas, que la deuda sea de 50.000, como viene ese recurrente sosteniendo en este pleito.

Tercero. Que al no prosperar los dos motivos primeros, de lo que es consecuencia lógica, como dice el mismo recurrente, la infracción que alega en el tercero, no puede ser éste apreciado, pues al sostener en contra de lo admitido por la sentencia recurrida que el contrato impugnado de 17 de marzo de 1942 no tuvo existencia, y su intención no fué más que amparar una situación de insolvencia, se apoya únicamente en las presunciones que pretende hacer triunfar con los otros dos motivos desestimados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1947

Civil—contratos—alteraciones no sustanciales: novación impropia.

La mera modificación de la obligación inicial amparada en el artículo 1.255 del Código civil, que no implique una alteración sustancial constitutiva de una novación objetiva, vincula al cumplimiento de la obligación en la forma en que por consentimiento de las partes ha sido modificada, pudiendo estimarse como una novación impropia.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.

Para demostrar la evidente equivocación del juzgador es necesario utilizar la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no sólo el cauce exclusivo del número 1.º del mismo.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: desestimación por falta de los supuestos de hecho de la norma infringida.

Es de desestimar el recurso de casación en que se denuncia la infracción de un precepto determinado sin invocación concreta ni en forma adecuada de los elementos de hecho que tal disposición legal presupone.

Procesal—casación—motivos—desestimación: por plantear una cuestión nueva.

Quando en la interposición del recurso de casación se plantea un tema con elementos de hecho y de derecho que no han sido alegados ni, por lo mismo, discutidos en instancia, ofreciendo los caracteres de una cuestión nueva y, por tanto, de desestimación, a tenor de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley procesal, es determinante de inadmisión.

ANTECEDENTES.—Don Manuel Hervás Ayala, por sí y como apoderado de la comunidad de bienes Juan Ayala y Mira, demandó a don Felipe Sánchez de la Fuente, alegando que, según contrato firmado en Madrid a

22 de octubre de 1935, se convino la compra al demandado por la comunidad de bienes que apodera de una determinada cantidad de energía eléctrica, evaluada en una potencia instantánea máxima de 1.000 kilowatios. Que este tipo de energía precisaba para ser suministrada de un transformador que rebajase la potencia de 15.000 voltios, que traía la energía del señor Sánchez de la Fuente, a la de 5.800, y que debía ser instalado y pagado por el vendedor, debiendo los compradores abonar su importe en 28 plazos trimestrales. Aceptada la oferta verbal del demandado de que, mientras era construido el transformador de 1.000 kilowatios, pondría este señor una vieja que tenía de 200 kilowatios. Sobrevino el Movimiento Nacional, los actores no se dirigieron contra él hasta 1939, en que lo hicieron, solicitando también ser indemnizados en daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato y el 50 por 100 del impuesto de Derechos Reales, que, según lo pactado, debió de ser abonado por el demandado.

El señor De la Fuente se opuso a las pretensiones del demandado, alegando que el transformador era de cuenta de los demandantes; que él no tenía, por tanto, otra obligación que pagar su precio, correspondiendo a los actores la busca en el mercado del aludido transformador, y que en tal sentido se había expresado, rechazando dicha gestión por carta de 4 de agosto de 1940, y, pese a esto, había obtenido ciertas ofertas que no habían sido aceptadas por los demandantes, no pudiendo éstos alegar perjuicio, ya que debido a su generosidad habían disfrutado de un transformador que les había permitido dar el servicio; mas aunque lo hubieran sufrido no le sería imputable, ya que no estaba obligado a la busca en el mercado, y con una referencia negatoria a alcanzarle el pago de Derechos Reales en la cuantía reclamada formuló reconvencción, consistente en reclamar le sean abonados alquileres por el transformador cedido, gastos de conservación del mismo, traslado e instalación y deudas que por otros conceptos recaían sobre la comunidad.

El actor reprodujo en réplica los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, y el demandado, en réplica, se opuso con razones derivadas de su posición en the litis. El Juzgado falló en el sentido de dar lugar, en parte, a la demanda, declarando no haber lugar a la reconvencción, siendo esta sentencia revocada en la Audiencia, condenando al demandado a que abone el 50 por 100 del impuesto de Derechos Reales y a la parte actora al pago de 19.928,90 pesetas, cantidades reclamadas en reconvencción; absolviendo a ambas partes de las demás reclamaciones en contrario, sin hacer declaración de costas.

El demandante interpuso recurso de casación, fundamentándolo en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Aplicación indebida del artículo 1.461 del C. c., por ser evidente no haber entregado el vendedor la cosa vendida.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: No aplicación del artículo 1.258 del C. c.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Interpretación errónea del 1.282, ya que la intención de los contratantes era la compraventa de energía eléctrica a una determinada tensión o voltaje.

Cuarto. Núm. 7.º del artículo 1.692 E. C.: Error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que al declarar la existencia de modificación del alcance de las cláusulas va en contra de lo que se desprende de diversos documentos unidos al sumario.

Quinto. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Inaplicación del artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, por declarar la sentencia que el contrato está terminado.

Sexto. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Interpretación indebida de cláusulas del contrato.

Séptimo. Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: No aplicación del artículo 1.101, por declarar que no ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que al interpretar la cláusula 9.ª del contrato de 22 de octubre de 1935 sobre suministro de energía eléctrica, la Sala sentenciadora estimó que por virtud de dicha cláusula el demandado señor Sánchez de la Fuente debía adquirir y pagar un transformador que permitiese a la demandante, "Comunidad de bienes Juan Ayala y Mira", utilizar la potencia eléctrica contratada de 1.000 kilowatios; pero estimó también que esta obligación inicial había sido objeto de modificación, mutuamente aceptada, en el sentido de consentir la utilización por la comunidad, durante la vigencia del contrato, de un transformador de potencia inferior a la estipulada, que facilitó el demandado, y a estos efectos el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta la interferencia de la guerra civil, como causa impeditiva de la adquisición durante la misma del transformador contratado, y el resultado que ofrece la correspondencia cruzada entre las partes contratantes después de la terminación de la guerra.

Segundo. Que en punto a la referida modificación de la obligación primitiva, arguye el cuarto motivo del recurso error de hecho en la apreciación de las pruebas, al estimar la sentencia recurrida que las partes prestaron su conformidad a tal modificación, y para acreditar el error alegado se invocan las cartas que los contratantes suscribieron, y de las que se infiere, a juicio del recurrente, que, lejos de haber estado conformes los interesados en la sustitución del transformador, insistieron en la necesidad de instalar el de mayor potencia, según se había pactado en el contrato de suministro; pero no se señala en el recurso ningún pasaje de las referidas cartas en que conste claramente que la comunidad demandante expresase su disconformidad con la continuada utilización del transformador de menor potencia, ni que la no adquisición del de potencia mayor fuese exclusivamente imputable al demandado, ni en realidad se aprecia por el contenido de dicha correspondencia la equivocación evidente del juzgador de instancia para que pudiera prosperar este cuarto motivo al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Tercero. Que, por lo tanto, queda firme en casación el hecho de que las partes estuvieron conformes en la sustitución del transformador de mayor potencia por otro de potencia menor, y aunque no pueda configurarse jurídicamente esta sustitución como novación objetiva propiamente dicha, en atención sobre todo a que no hay alteración *sustancial* que se traduzca en sustitución de la primitiva relación obligatoria y nacimiento de otra que la reemplazase, sí cabe apreciar la existencia de una novación *impropia* o meramente modificativa de la obligación inicial, amparada por los términos del artículo 1.255 del Código civil, que vincula al cumplimiento de la obligación en la forma en que por consentimiento de las partes ha sido modificada, y como quiera que en los motivos primero, segundo, tercero y sexto del recurso no se impugna la eficacia de este vínculo, y, desestimándose de él, se pretende que la obligación se cumpla en su originaria forma contractual, sin combatir la existencia y virtualidad de la

modificación de que ha sido objeto por conformidad de las partes, es visto que así articulados dichos cuatro motivos no pueden prosperar.

Cuarto. Que tampoco es viable el quinto motivo del recurso, porque plantea un tema con elementos de hecho y de derecho que no han sido alegados ni, por lo mismo, discutidos en la instancia, ofreciendo así los caracteres de una *cuestión nueva* que, a tenor de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 729 de la Ley Procesal, sería determinante de su inadmisión, y ahora de su desestimación; aparte de que las acciones derivadas de la Ley de 5 de noviembre de 1940, que se cita como infringida, habían caducado, según su artículo, veinticuatro meses antes de la fecha de interposición de la demanda.

Quinto. Que el pronunciamiento absolutorio de la reclamación por el actor de daños y perjuicios tuvo como fundamento principal la estimación por la Sala sentenciadora de que el demandante no ha incumplido la obligación modificada de facilitar el transformador, y como en el hecho contrario de existencia del incumplimiento se apoyó la súplica de indemnización de daños y perjuicios, es obvio que para impugnar eficazmente el pronunciamiento absolutorio sería preciso utilizar la vía del número 7.º del citado artículo 1.692 para demostrar la evidente equivocación del juzgador a este respecto, y no sólo el cauce exclusivo del número 1.º del mismo artículo, que es el seguido en el séptimo y último motivo del recurso, en el que se denuncia la infracción del artículo 1.101 del Código civil, sin invocación concreta, ni en forma adecuada, de los elementos de hecho que tal disposición legal presupone, por lo que procede también la desestimación de este último motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1947

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—desestimación: por sustituir el criterio de instancia por el recurrente.

No es lícito en casación pretender sustituir el criterio de la Sala por el del impugnante.

Civil—contratos—causa: no debe confundirse con los motivos.

No debe confundirse el concepto de causa en sentido legal con los móviles del otorgamiento de la convención jurídica o el fin ulterior que los contratantes se propusieron.

Civil—contratos—causa: ilicitud.

La ilicitud de la causa, a que alude el segundo párrafo del artículo 1.275 del Código civil, es una cualidad objetiva inherente a la prestación que se exige u ofrece, la cual al ser por sí misma inmoral o contraria a la ley determina la ineficacia del contrato.

Civil—contratos—motivos: concepto y efectos.

El móvil o intención de los contratantes es una determinación subjetiva de la voluntad, secundaria respecto del consentimiento contractual, que si probablemente influye en la convención jurídica a que afecta no ataca cuando es ilícito o inmoral su existencia, sino que la vicia en sus consecuencias de muy diversos modos, llegando a producir, según los casos, la nulidad o invalidez.

Civil—contratos—compraventa—ilicitud: por ser exiguo el precio.

La exigüidad del precio no hace "per se" ilícito ni da ocasión a determinar la inexistencia del contrato.

Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de derecho en la apreciación de la prueba.

Es constante doctrina, con referencia al contenido del artículo 1.253 del Código civil, que es de la apreciación de la Sala sentenciadora en términos generales la estimación de las presunciones et aoiñ shrdlu et aoinnun el enlace preciso y directo entre los hechos ciertos y el que se trata de deducir, y no cabe, por tanto, la casación de una sentencia fundada en la distinta apreciación de tales extremos hecha por el recurrente, a menos que claramente se revele lo ilógico del razonamiento de la Sala por resultar desmesurado del normal criterio humano.

ANTECEDENTES.—Don Gregorio Ruiz de Aguirre dedujo, en 12 de marzo de 1943, ante el Juzgado número 2 de Alicante demanda de tercería de dominio contra su hermano D. Cipriano y D. Francisco Vidal García, basándose en que el primero le había vendido por escritura de 13 de mayo de 1933 un negocio y fábrica de pastas para sopas, denominado "La Walquiria", y la marca "La Espiga de Oro", por el precio de 27.000 pesetas; pero D. Francisco Vidal, socio industrial de D. Gregorio, estimando incumplido su contrato, había seguido juicio contra éste, que se había resuelto en casación a su favor reconociéndole una indemnización. Instada la ejecución por el antiguo socio industrial, se habían embargado los bienes adquiridos por el demandante. El ejecutante demandado en la tercería, D. Francisco Vidal, alegó la simulación, con el fin de rescindir el contrato que con él tenía D. Cipriano y quedar en situación de insolvencia y la falsedad por el precio en que se había fijado la venta, y reconviniendo solicitó se declarase la inexistencia por simulación del contrato de compraventa y la absolución en la tercería.

El 24 de diciembre de 1943 el Juzgado declaró la inexistencia por simulación, por ser falsa e ilícita la causa del contrato de compraventa, condenando en costas al demandante. Apelada la sentencia por D. Gregorio y D. Cipriano Ruiz de Aguirre, la Sala de lo Civil de la A. T. de Valencia revocó la sentencia el 20 de junio de 1945, declarando ser de la propiedad del tercerista los bienes embargados.

Contra esta sentencia se formalizó recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS.—No los exponemos por aparecer recogidos en los Considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDOS.--Primero. Que en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega el recurrente la infracción por interpretación errónea de los artículos 1.261, 1.275 y 1.276 del Código civil, y en defensa de los intentos combatir la afirmación de la Sala sentenciadora de que no existe el enlace preciso y lógico entre los hechos y las conjeturas que el Juzgado tuvo en cuenta para declarar la inexistencia del contrato contenido en la escritura de 18 de mayo de 1933, fundado su razonamiento para insistir en la referida inexistencia en que en el aludido contrato no hubo causa o, de haberla, fué ilícita, tanto porque el precio de la compraventa, por su desproporción, es abiertamente ficticio como porque el motivo que indujo al vendedor a concertar la venta fué el incumplir las obligaciones anteriormente contraídas con el hoy recurrente; pero en esta argumentación, en la que en síntesis se pretende sustituir el criterio de la Sala por el del impugnante, lo cual no es lícito en casación, se incurre en una patente confusión de conceptos, derivada de las distintas acepciones de la palabra causa, porque por un lado se alude a la causa del contrato, que según el artículo 1.274 del Código es, en los onerosos la prestación recíproca de cosa, servicio o precio, y por otra parte se hace entrar en juego como demostración de ilicitud la intención del vendedor de incumplir las obligaciones contraídas, y como según se tome en consideración en un contrato el elemento representado por una u otra de las acepciones del repetido vocablo se habrían de deducir consecuencias jurídicas diferentes, no debe confundirse el concepto de causa en el sentido legal, considerada elemento esencial del contrato en nuestro Derecho, con los móviles del otorgamiento de la convención jurídica o el fin ulterior que los contratantes se propusieron, y al referirse en concreto a la nota de ilicitud hay que tener presente que la ilicitud de la causa a que alude el segundo párrafo del artículo 1.275 del Código es una cualidad objetiva inherente a la prestación que se exige u ofrece, la cual, al ser por sí misma inmoral o contraria a la Ley, determina la ineficacia del contrato según el mismo precepto legal aludido, y a su vez el móvil o intención de los contratantes es una determinación subjetiva de la voluntad, secundaria respecto del consentimiento contractual que si probablemente influye en la convención jurídica a que afecta, no ataca su existencia, sino que la vicia en sus consecuencias de muy diversos modos, llegando a producir, según los casos, su nulidad o invalidez, y haciendo aplicación de tales principios al caso presente aparece que la intención civilmente dolosa que el vendedor hubo de tener al concertar el contrato de compraventa de 13 de mayo de 1933 ya fué sancionada en pleito anterior que culminó en la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1941 y una dictada en consideración a la realidad del repetido contrato, y en lo que respecta a la causa legal del mismo aparece probado en este pleito que hubo como prestación del vendedor la entrega de un negocio y por parte del comprador un precio cierto y determinado que si se reputa exiguo habrá de advertirse que la cosa entregada también desmerecía de su anterior apreciación, y esta causa no es *per se* lícita ni da ocasión, por tanto, a determinar la inexistencia del contrato, ni puede tampoco argüirse de falsa o ficticia, porque el Tribunal a quo, por el examen de la prueba, de-

clara que hubo en esta compraventa completa traslación del dominio que permitió al comprador transmitir con eficacia y ampliamente, según consta en autos, sus facultades dominicales al apoderado don Manuel Jorge en escritura de mandato otorgada al siguiente día de firmarse la de compraventa discutida, sirviendo la apreciación de estos hechos a la Sala sentenciadora para destruir las deducciones formuladas por presunción de base de la resolución del Juzgado de Primera Instancia, y resultando patente de todo lo expuesto que no se han cometido en la sentencia recurrida las infracciones acusadas, procede desestimar el primer motivo del recurso.

Segundo. Que en el segundo motivo se alega la comisión de error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción del artículo 1.253 del Código civil, y, sin expresar el recurrente el sentido en que se ha cometido la infracción del aludido precepto legal que se acusa, se limita a poner en parangón la apreciación y deducciones que de los hechos hizo el Juzgado con el criterio que acerca de los mismos formó la Sala, haciendo hincapié sobre la afirmación que ésta consignó en uno de sus Considerandos de que si las conjeturas son lógicas sirvan igualmente para una u otra finalidad; pero aquí vuelve a producirse la confusión a que se alude en el Considerando anterior entre la causa legal del contrato y los motivos del mismo, porque lo que la Sala de instancia afirmó es que las conjeturas acerca de la ilícita intención del vendedor servirían para deducir la mala fe, la connivencia del comprador o la malicia en fraude del consocio (vicios en un contrato existente), pero no la inexistencia de un contrato por simulación, que es lo debatido en este pleito y que sólo tiene base en la ausencia o vicio de falsedad de la causa legal en la convención jurídica, y aparte de todo esto hay que declarar que carece de viabilidad este segundo motivo del recurso, porque es constante doctrina de este Supremo Tribunal, con referencia al contenido del artículo 1.253 del Código civil, que es de la apreciación de la Sala sentenciadora en términos generales la estimación de las presunciones al efecto de determinar el enlace preciso y directo entre los hechos ciertos y el que se trata de deducir, y no cabe, por tanto, la casación de una sentencia fundada en la distinta apreciación de tales extremos hecha por el recurrente, a menos que claramente se revele lo ilógico del razonamiento de la Sala por resultar desmesurado del normal criterio humano, y no dándose estas condiciones en el presente caso, procede la desestimación del motivo segundo y con él del recurso, en cuyo litigio de origen se da la paradójica circunstancia de que el demandado que ahora recurre dió motivo a la litis por pretender hacerse pago de una indemnización de perjuicios que le fué otorgada en pleito anterior, precisamente en méritos de la realidad y eficacia del contrato cuya inexistencia actualmente propugna.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 DICIEMBRE 1947

Procesal—arrendamientos urbanos—renta: elevación.

Son principios fundamentales de la legislación especial: a) Que la renta pactada sólo pueda elevarse en los casos y cuantía que la ley señala. b) Que procede la revisión de la renta, cuando su aumento exceda de lo autorizado por la ley, aunque el inmueble haya cambiado de dueño o de inquilino. Por ello, celebrado nuevo contrato sobre un local de negocio, otorgando al nuevo arrendatario la facultad de traspasarlo, que no existía en el contrato anterior, no es permitido al arrendador elevar la renta más allá de los límites legales, ya que el derecho de traspaso carece legalmente de dicha consecuencia, opuesta a los principios mencionados, los cuales, por ser derecho necesario, no pueden ser alterados por las estipulaciones de las partes.

Arrendamientos—recurso de injusticia—infracción de ley—irretroactividad del artículo 120 de la Ley especial, conforme a la 12.^a Disposición transitoria.

Tal artículo, como comprendido en el capítulo IX de la Ley, carece de efecto retroactivo, por virtud de lo dispuesto en la 12.^a Disposición transitoria.

ANTECEDENTES.—A. es dueño de un local de negocio, que el anterior propietario tenía arrendado por 260 pesetas anuales en 1914. El mismo local rentaba 268,40 en 1942. Adquirida su propiedad por A., éste consintió, en 1.º de junio de 1946, el traspaso del local a un nuevo inquilino, que obtuvo el derecho de traspasar a su vez y se obligó a pagar la renta de 300 pesetas mensuales. Este inquilino traspasó el local a B., bajo las mismas condiciones, el 5 de noviembre de 1946. El 28 de diciembre del mismo año, B. demandó al dueño, al amparo del artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, pidiendo la revisión de alquileres ante el Juzgado de Primera Instancia. El demandado A., en el juicio verbal, se opuso a esta pretensión, aduciendo que el aumento de renta verificado en 1942 obedeció a la concesión del derecho de traspaso, que los anteriores inquilinos no tenían, y que el título por el cual ocupaba el local el actor no era el de arrendamiento, sino el de traspaso. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda y rebajó la renta a 75 pesetas mensuales, declarando aplicables al caso los artículos 6.º al 9.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el único del Decreto de 19 de junio de 1932, como complementarios del Decreto de 21 de enero de 1936, aplicable al supuesto por disposición de la Ley de 7 de mayo de 1942, y basando el fallo en que todo traspaso implica una cesión de arriendo. Interpuesta apelación ante la Territorial, al dictarse la nueva Ley, por acomodación de trámites, la apelación se convirtió en recurso de injusticia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Fundado en la causa tercera del artículo 169: infracción por aplicación indebida y, subsidiariamente, por interpretación errónea de los artículos 6.º y 7.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el único del Decreto de 16 de junio de 1932, en relación con los artículos 1.255 y 1.256 del Código civil, y los principios de

derecho admitidos por la jurisprudencia de que "toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse" y de que "ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño de otro". Esta parte mantiene que el derecho de revisión se concede sólo en casos de prórroga del mismo contrato o de nuevos contratos cuyas estipulaciones se mantengan fundamentalmente iguales, lo que no ocurre en el caso de autos, por haberse variado el contenido contractual, añadiendo a los derechos del inquilino el de traspaso.

Segundo. Fundado en la misma causa tercera del artículo 169: infracción del artículo 120 de la Ley especial en relación con la Disposición 12.^a de la misma Ley, pues el recurrente sostiene la retroactividad del artículo citado, dada la redacción de la Disposición transitoria de referencia.

CONSIDERANDOS.— Primero. Que son principios fundamentales de la legislación especial de arrendamientos urbanos: a) el de que la renta establecida en los contratos no puede elevarse más que en los casos determinados por la Ley y en los términos que la misma Ley señala; y b) el que el inquilino tiene el derecho de solicitar la revisión de la renta, cuando su aumento exceda de lo autorizado por la Ley, esto aun cuando los inmuebles cambien de dueño por cualquier título y aunque sea distinta la persona del inquilino en el momento de solicitarse la revisión, principios que se proclaman y desenvuelven en los artículos 6.^o; 7.^o y 12 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, único del de 16 de junio de 1932 y 6.^o del de 29 de enero de 1936, de aplicación al caso presente, y esto establecido, no puede admitirse, como pretende el recurrente, que cuando en el contrato celebrado por el nuevo propietario del local arrendado con un nuevo arrendatario, se otorga a éste la facultad de traspasarlo y esta facultad en el anterior contrato no existía, pueda el arrendador elevar la renta más allá de los límites legales, porque el derecho al traspaso es una concesión que otorga el arrendador al arrendatario a su arbitrio y que produce las consecuencias que la ley le atribuye, ninguna de las cuales es el derecho a la elevación de la renta, y por lo mismo no puede reconocerse al arrendador tal derecho, sin conciliar los principios fundamentales antes aludidos, que por ser de derecho necesarios no pueden ser alterados por las estipulaciones que las partes crean conveniente establecer, y por ello no son de estimar las infracciones que el recurrente atribuye a la sentencia dictada por el juez, en el primer motivo del recurso.

Segundo. Que el artículo 120 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que cuando, por voluntad expresa o tácitamente manifestada, la renta que pagare el arrendatario de vivienda o local de negocio, construido o habitado por primera vez antes del 18 de julio de 1936, constituya mayor cantidad de la que resultare después de aplicar la escala del artículo 118, la que viniere satisfaciendo se reputará válida, sea cual fuera la que legalmente corresponda; pero el arrendador no podrá recargar la que perciba con dicho porcentaje, habiendo sido completado y aclarado el texto de dicho artículo por la Disposición transitoria 12.^a de la citada Ley, al disponer que para que los aumentos tolerados en el modo que aquel artículo previene obliguen al inquilino o arrendatario, a

sus continuadores o al nuevo titular, deberán haberse consentido antes de 1.º de octubre de 1936, siendo nulos y sin ningún valor los efectuados entre esta fecha y la vigencia de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero tal artículo 120, como comprendido en el capítulo IX de la Ley mencionada, carece de efecto retroactivo por virtud de lo dispuesto en la aludida Disposición transitoria, y por lo mismo no puede aplicarse a hechos sobre los cuales no solamente se promovió la demanda, sino que se siguió y sentenció el juicio por el Juzgado conforme a la legislación de alquileres entonces vigente y que es, por lo tanto, la única aplicable, por la que no pueden considerarse infringidos los preceptos de la actual antes mencionados, que se citan en el segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1947

Procesal—competencia—sumisión tácita.

Las alegaciones, justificaciones y súplica del demandado, que se encaminan a pedir la suspensión del juicio, implican un reconocimiento de la competencia que le priva de reclamar su fuero.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1947

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: error en la apreciación de la prueba.

No es suficiente el error en la prueba documental, cuando ésta se ha apreciado en su conjunto con la restante prueba de esta naturaleza y con la testifical.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1947

Procesal—competencia—sumisión tácita.

Las alegaciones, justificación y súplica del demandado que se encaminan a obtener la suspensión del juicio verbal, para el que haya sido citado, implican un reconocimiento del juez requerido posteriormente de inhibición a instancia suya, que le priva del derecho a reclamar su fuero.

SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1947

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: adaptación a las normas procesales.

Lo dispuesto en la Disposición transitoria 16.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha de interpretarse en el sentido de que el traslado para la adaptación de los trámites procesales a los preceptos de la nueva Ley ha de ser común y simultáneo.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de las formalidades esenciales: no prosperan motivados en infracciones consentidas.

En los recursos de injusticia notoria por quebrantamiento de las formalidades esenciales carecen de virtualidad las infracciones consentidas.

Procesal—arrendamientos urbanos—adaptación a las normas procesales.

La Disposición transitoria 16.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos no permite retrotraer el procedimiento ni autoriza declaraciones de nulidad.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por infracción de ley.

Toda violación de precepto legal ha de tener por base los hechos afirmados en la sentencia, a menos que fuesen debidamente combatidos, evidenciando en forma adecuada el error del juzgador al apreciar las pruebas.

SENTENCIA 19 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—subarriendo: hechos que lo presumen.

La existencia de una placa en la puerta del cuarto alquilado anunciando la existencia de una industria ejercida por persona distinta al arrendatario implica la presunción de un subarriendo.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia—desestimación: por plantear cuestiones nuevas.

La cuestión suscitada por el recurrente, no planteada ni resuelta en el juicio, determina la desestimación del recurso de injusticia notoria.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: aplicación de las normas del recurso de casación.

Por ser supletoria de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme a su artículo 170, la de Enjuiciamiento civil, son aplicables al recurso de injusticia notoria los principios del recurso de casación.

ANTECEDENTES.—En el mes de enero de 1947, D.^a Encarnación Sánchez Salvá, fundándose en el caso e) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, o sea por subarriendo, formuló demanda contra D.^a Susana Fagé Videt. El 13 de mayo de 1947, el Juzgado Municipal número 18, de Madrid, dictó sentencia declarando haber lugar al desahucio. Apelada la sentencia, el de Primera Instancia la confirmó el 18 de julio siguiente,

en la que se dice que procede examinar si efectivamente la demandada arrendataria subarrendó el cuarto a que se refiere la presente demanda; que estando interesadas las partes contratantes del subarriendo en ocultarlo, a fin de que no llegue a conocimiento del arrendador, por la razón expresada anteriormente, es visto que su existencia difícilmente podrá acreditarse por una de las pruebas directas enumeradas en la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo preciso acudir a la prueba indirecta de presunciones que establece el artículo 1.215 del Código civil; que en el presente caso es un hecho cierto demostrado no sólo por la prueba documental (acta notarial), sino también por la testifical y por haberlo así reconocido la demandada, que en la puerta del cuarto alquilado figura una placa con el siguiente rótulo: "Oficial de Paquín.—Cendejas.—Sastre de señoras", y de este hecho puede deducirse, conforme a las reglas del criterio humano, que dicho cuarto está subarrendado a D. Isaac Cendejas; además, la misma demandada, en su contestación, reconoce expresamente que había arrendado (subarrendado) una de las habitaciones del cuarto alquilado (subarriendo parcial); no siendo aplicable al presente caso de subarriendo la Disposición transitoria segunda de la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos por no haber acreditado, ni intentado siquiera, que concurren aquellos requisitos exigidos por dicho texto legal (entre otros, estar subarrendado el cuarto en cuestión el primero de octubre de 1946 por plazo no inferior al de seis meses, precisamente anteriores a esa fecha); por lo cual procedía declarar haber lugar al desahucio, y como considerándose, además, por dicho Juzgado de Primera Instancia que el único problema que la acción ejercitada suscita como causa concreta de desahucio es la consideración del punto de hecho de que la demandada, como arrendatario, cedió la vivienda a otra persona que la viene ocupando para sastrería de señoras, con un rótulo anunciador de aquella industria, contraria al contrato y sin la aquiescencia del arrendador y aun contra su voluntad, cuando el contrato específicamente prohíbe el subarriendo, y como esta apreciación de prueba hecha por el juzgador de instancia se deduce con criterio lógico, racional y completo de los elementos probatorios, donde quedó justificado—confesión judicial de la arrendataria, testifical y acta notarial de aquella publicidad—*ad omnem*, según las reglas del criterio humano, la evidencia del subarriendo y la procedencia de la demanda, como derivada de la excepción de prórroga obligatoria del contrato a que se refiere el apartado d) del artículo 5.º del Decreto vigente al interponer la acción, y que el nuevo ordenamiento ampara, al prohibir por el artículo 33 la cesión o traspaso a título oneroso o gratuito las viviendas, y cuando, además, un arrendatario no es legalmente de presumir que ha concedido por propia tolerancia y sin pagar merced una cosa de que no es dueño—sentencia de 18 de octubre de 1897—; que justificada la existencia del subarriendo por un proceso lógico de apreciación judicial, que el apelante trata de sustituir con el personal propio; justificados los requisitos para su declaración y, en cambio, faltando los dos elementos necesarios para que la Disposición transitoria segunda de la vigente Ley tuviera aplicación, toda vez que no se justificó la fecha del subarriendo, y la contestación de la actora reconocía un subarriendo parcial durante el año actual, y del testimonio del Juzgado 16 de esta capital, se comprueba otro subarriendo después de junio del año anterior, en la propia vivienda, para una sucursal de la Agencia "Oficinas Retana", es obvia la resolución decretada a tenor de la causa segunda del artículo 149 de la ordenación arrendaticia contra la contumaz autorización de la vivienda a fines de lucro y especulación; y que la confirmación de la sentencia recurrida íntegramente lleva consigo como sanción civil en el juicio la expresa condena de costas a la parte recurrente (artículo 164).

Contra la sentencia se interpuso recurso de injusticia notoria, por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Números 3.º y 4.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Error en la apreciación de la prueba por haberse acreditado por la documental otra consecuencia más lógica. La prueba de presunciones, sobre ser indirecta, es supletoria. La recurrente presentó los documentos justificativos de la licencia de apertura, alta de Contribución y recibo que demuestran ejerce la industria de modista y hacen fe en juicio, según los artículos con números 1.256 del Código civil, y 597 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que resultan infringidos por falta de aplicación.

Segundo. Número 1.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al apartado a) del artículo 160 de aquélla, en relación con el número 2.º del 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la cuestión planteada no es de la competencia del Juzgado Municipal en un juicio de desahucio por subarriendo.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en la sentencia recurrida se declara ser un hecho cierto, demostrado no sólo por la prueba documental, consistente en un acta notarial, sino también por la testifical y por haberlo así reconocido la parte demandada, que en la puerta del cuarto alquilado hay una placa con el siguiente rótulo: "Oficial de Paquín.—Cendejas.—Sastre de señoras", y de este hecho deduce la sentencia la existencia de un subarriendo, otorgado por la demandada y arrendataria del cuarto a favor de la persona cuyo apellido aparece inscrito en la placa, deducción que es perfectamente lógica por existir entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, como exige el artículo 1.253 del Código civil, sin que la apreciación de esta prueba pueda quedar desvirtuada por la documental que la recurrente invoca, pues aunque de la misma resulta que le fué concedida en 1941 la licencia de apertura de un establecimiento de "Modista sin géneros" en el cuarto en cuestión y que satisface la contribución correspondiente, ello no demuestra que siga ocupando personalmente dicho cuarto y que no lo haya subarrendado, pues se trata de hechos independientes y sin relación alguna entre sí, por lo que no cabe estimar el manifiesto error en la apreciación de la prueba, que el recurrente denuncia, ni la infracción de los artículos 1.253 y 1.216 del Código civil y los demás relativos al carácter, legitimidad y eficacia de los documentos públicos que se citan en el primer motivo del recurso.

Segundo. Que en el segundo de los motivos sostiene la recurrente que lo que se debate en realidad y puede tener un fondo de verdad es que ha destinado a taller de modista lo que alquiló para vivienda, o sea una posible infracción en tal sentido del contrato de arrendamiento, que debería de llevar a la discusión y decisión consiguiente sobre resolución del contrato, y que tal materia no puede ser objeto de juicio de desahucio, ante el Juez Municipal, por estar exceptuada por el apartado a) del artículo 160 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el 1.563, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que denuncia la incompetencia de jurisdicción, con arreglo a la causa primera de las determinadas en el artículo 169 de aquélla Ley; pero como la acción ejercitada se ha fundado única y exclusivamente en el hecho de haber subarrendado la demandada el cuarto en que vivía y en el juicio no se ha planteado ni resuelto

ninguna otra cuestión, y la que ahora suscita el recurrente *es enteramente nueva*, procede la desestimación del segundo motivo del recurso, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1,729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que incluye tal causa como una de las que determinan la inadmisión del recurso de casación y, por lo tanto, la desestimación del mismo según la jurisprudencia de esta Sala, siendo aplicables tales principios al recurso de la de Arrendamientos Urbanos en materia de procedimiento, conforme previene el artículo 170 de esta última.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—interpretación: de las pruebas.

La prueba debe ser interpretada restrictivamente cuando se trata de privar a una persona de un local que sirve de base para un negocio que es objeto de su actividad y medio de vida.

ANTECEDENTES.—Don Anselmo Giménez Blanco compró la planta baja de la casa número 5 de la calle de Gaztambide, en Tudela, arrendada a D.^a Eulalia Escalada Milagro, para el desarrollo de un negocio de mercería allí instalado.

Necesitando el primero de dicho local para ampliación de una industria de su propiedad, celebró acto de conciliación con la arrendataria, en el que la comunicó que necesitando, para los fines indicados, el local, debía abandonarlo, ofreciéndole a tal efecto la indemnización correspondiente con arreglo a la ley. A partir de la celebración del acto de conciliación y durante un período de quince meses, la arrendataria no abonó cantidad alguna en concepto de alquileres, por lo que fué demandada, por el propietario en juicio de desahucio, que terminó con sentencia condenatoria por falta de pago, reservando la acción fundada en la necesidad de ocupar el local para la industria por haberse de tramitar con arreglo a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

Evitó la demandada las consecuencias del fallo, consignando en el Juzgado las mensualidades debidas, y fué nuevamente demandada por el propietario, solicitando dejara libre el local por necesitarlo para ampliación de su negocio.

Contestó la demandada alegando ser falso que el actor hubiera comprado la parte baja de la casa de la que ella era arrendataria, siendo lo cierto que se trataba de un negocio simulado, conducente a lograr la rescisión de su contrato, y razonaba su posición con diversos argumentos.

Efectuadas las pruebas propuestas por ambas partes y entre ellas la de reconocimiento judicial y pericial, para que dictaminara sobre la supuesta necesidad del local para la ampliación del negocio, el juez de Primera Instancia falló declarando no haber lugar al desahucio.

Interpuesto por el actor recurso de apelación, se tramitó la alzada ante la Audiencia de Pamplona, sustanciándose hasta el trámite de señalamiento para la vista, en la que la Sala, dejando en suspenso la tramitación, concedió a las partes el plazo de quince días para que acomodasen sus pretensiones a las normas procesales de la nueva Ley de Arrendamientos, declarando no haber lugar a continuar la sustanciación por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin perjuicio de que si

las partes vieran convenirles interponer alguno de los recursos autorizados por la primera pudieran interponerlo en los plazos que dicha Ley dispone.

La parte actora formalizó recurso de injusticia notoria, fundamentándolo en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: error en la apreciación de la prueba pericial, de la que se deduce que el recurrente tiene necesidad de los locales objeto del litigio.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; infracción del artículo 5.º, letra c), del Decreto de 21 de enero de 1936 y del apartado a) de la Orden de 8 de noviembre de 1944, cometida al negar el derecho al desahucio.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el motivo primero del recurso referido a la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—manifesto error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por la prueba documental o pericial que obre en autos—debe ser desestimado por cuanto el juez, al no reputar justificada la necesidad invocada por el actor para ocupar el local que viene disfrutando el arrendatario, se funda en que el primero dispone, además de la tienda donde tiene instalado su comercio, que no es de gran capacidad y se halla repleto de mercancías, de un local de gran amplitud en la plaza de los Fueros, del mismo Tudela, que no aparece tenga necesidad de abandonar, y de otro más reducido en la calle de Ugarte; en que el comercio primeramente aludido se ha dedicado en buena parte a escaparate, desperdiciando regular porción de terreno, y en la pequeña salida de la tienda de la demandada, poniendo de relieve a este propósito la contradicción observada entre el informe pericial emitido en un juicio anterior, donde se decía que éste no podía utilizarse como almacén y el aportado en el presente, en el que se dice que puede emplearse como almacén y exposición, y el recurrente sólo a este último extremo se refiere argumentando que a los diez metros cuadrados de la tienda hay que agregar los seis que integran la trastienda; pero es evidente que esta circunstancia no es suficiente para enervar la total apreciación que de la prueba hace el juzgador para establecer la inexistencia de la necesidad invocada por el demandante y con acierto interpretada restrictivamente cuando se trata, como se dice en su resolución, de privar a una persona de un local, "que sirve de base para un negocio que es objeto de su actividad y medio de vida".

Segundo. Que desestimado así el primer fundamento del recurso, ha de ser desestimado el segundo, en el que sobre la valoración de la prueba que hace el recurrente se alega injusticia notoria por infracción del artículo 5.º, letra c), del Decreto de 21 de enero de 1936 y del apartado a) de la Orden de 8 de noviembre de 1944 (causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); pero es que, además, la primera de las citadas disposiciones se limita a establecer la posibilidad de desahuciar cuando el propietario necesita el local para implantar en él su propia industria, supuestos las demás condiciones a que dicho precepto se re-

fiere, necesidad que queda encomendada a la apreciación judicial y que se niega en este caso, y en cuanto a la segunda, si bien es verdad que la Orden de 8 de noviembre de 1944, letra a), se exceptúan de las prescripciones de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero anterior los casos en que el propietario precise ampliar su propio negocio y necesite de local de su propiedad que tenga alquilados, siempre que demuestre la necesidad de ocupar para tales fines aquellos cuyo desahucio pretende", es evidente que tal disposición no tiene ni puede tener otro alcance que el de eximir de la suspensión acordada en anteriores disposiciones los juicios de desahucio en dicha causa fundamentados, pero sin reconocer por eso una nueva causa de desahucio por ampliación de industria, ello aparte de que su apreciación queda subordinada en todo caso a la estimación de la necesidad por el juzgador, como en los preceptos legales invocados.

Tercero. Que por lo expuesto procede la desestimación del recurso, con imposición al recurrente de las costas causadas en el mismo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 161 de la Ley de Arrendamientos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1947

Civil—revisión de pagos: Ley de Desbloqueo.

La Ley de 7 de diciembre de 1939, sobre desbloqueo, se refiere a supuestos de revisión y no de anulación, como la de 5 de noviembre de 1940.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho.

Para que el error de derecho pueda prosperar en casación es necesario que se cite el precepto infringido al valorar las pruebas.

Civil—revisión de pagos—Ley de Desbloqueo: pagos anticipados.

Siendo los términos de vencimiento y exigibilidad de sucesión inmediata, la facultad de anticipar un pago no constituye una modalidad de aquél, [por cuanto su uso depende sólo del arbitrio del deudor.

ANTECEDENTES.—Por el Banco de Crédito Industrial se presentó demanda ante el Juzgado de Madrid, designado como Especial del Desbloqueo, contra la S. A. Hidroeléctrica de los Derrajos, como consecuencia de los pagos hechos por éste durante el dominio marxista de los intereses y amortización de capital de dos préstamos: uno de 700.000 pesetas y otro de 655.000, para que se declaren revisables esos pagos conforme a los porcentajes establecidos por la Ley de Desbloqueo, con otras peticiones complementarias.

La entidad demandada alegó que en las escrituras de préstamo se había hecho constar que el prestatario podía anticipar la devolución del capital prestado, abonando una comisión del 1,5 por 100, lo cual había hecho previa comunicación y consentimiento del Banco y con fondos ajenos a la inflación marxista.

El Juzgado dictó sentencia por la que estimó la demanda en parte y, también en parte, las alegaciones de la demanda, siendo confirmada por la Audiencia Territorial.

Contra esta sentencia se preparó recurso de casación por infracción de ley, que fué formalizado amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de los artículos 1.091, 1.255, 1.256 y 1.278 del Código civil y del principio "pacta sunt servanda", así como del artículo 40 de la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939 y el 1.127 del Código civil, que se infringe por inaplicación. El anticipo del pago hecho por el deudor no supone renuncia a un beneficio, sino ejercicio de un derecho, porque mediante el pago de la comisión convenida por el pago anticipado puede exigir del acreedor el percibo de adeudado.

Segundo. Cita el recurrente los preceptos del Código civil antes indicados y el 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, que se estima infringido por inaplicación, exponiendo que la Sala ha incurrido en error de derecho al no apreciar la prueba practicada que demuestra que el Banco de Crédito Industrial aceptó y determinó, incluso, la forma de realizar el pago que ahora se pretende se revise.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que orientadas las disposiciones de la Ley de 7 de diciembre de 1939 por el criterio, manifestado en su preámbulo, de reconocer validez y plena eficacia liberatoria a los pagos realizados bajo dominio marxista para extinguir obligaciones dinerarias de origen anterior al 19 de julio de 1936, con la sola exclusión de los que, como comprendidos en determinados casos, serían revisables para el efecto de ser valorados mediante porcentaje, conforme a una escala regresiva en el transcurso del tiempo, precisó la misma Ley especial, en el artículo 38, cuáles eran los pagos que podían someterse a revisión, comprendiendo, entre ellos, los referentes a préstamos con pacto de duración superior a cinco años, excluidas sus prórrogas y renovaciones, concediendo al pagador, en el artículo 40, la facultad de enervar la acción de la indicada clase mediante la prueba de que el pago había vencido; que tanto quiere decir como que era exigible, durante el dominio marxista, y de que lo realizó con fondos procedentes de sus reservas, actividades o rentas propias, no incrementadas por virtud de la inflación enemiga.

Segundo. Que habiéndose discutido en el pleito como cuestión fundamental sobre la que el mismo ha versado, la precedencia de revisar los pagos hechos después de 18 de julio de 1936 por la Sociedad Anónima Hidroeléctrica de los Dornajos al Banco de Crédito Industrial, por capital e intereses de dos préstamos, consumado—en el sentido que a este término atribuye el apartado A) del artículo 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, de entrega al prestatario de las cantidades objeto del préstamo,—antes de la expresada fecha, con vencimiento a los veinte años y facultad de aquel deudor para anticipar la devolución en la forma y plazos que estimara conveniente, abonando el uno y medio por ciento sobre el importe del capi-

tal anticipado, estimó el Tribunal sentenciador de instancia, y declaró en su fallo, con aplicación de lo establecido en los precitados artículos 38 y 40 de la Ley especial, que por concurrir los dos requisitos exigidos en el segundo de estos artículos en los pagos correspondientes a los plazos vencidos durante la dominación roja, tenían los mismos plena eficacia libertaria, y por faltar el primero de tales requisitos en los anticipados a su vencimiento, posterior a aquella época marxista, éstos eran revisables.

Tercero. Que en el primer motivo del recurso, sin desconocer la doctrina reiterada por esta Sala en el sentido de que siendo los términos, vencimiento y exigibilidad de sucesión inmediata, la facultad de anticipar un pago no constituye una modalidad de aquél, por cuanto su uso depende sólo del arbitrio del deudor, y en el de que cuando se trata de cuestiones sometidas a la legislación especial sobre actos y contratos que tuvieron lugar bajo la dominación roja han de aplicarse las disposiciones de aquélla en primer término, aunque contraríen las normas comunes, se aparta el recurrente de esta doctrina, no obstante la aceptación inicial que de ella hace; para buscar el apoyo de la finalidad que persigue en razones de equidad, y, a su entender, dan validez y total eficacia extintiva a los pagos que la sentencia recurrida estima revisables, derivándolas de las circunstancias de no haber aceptado el pago el Banco demandante por coacción, sino libremente y por la prestación en su favor del uno y medio por ciento de las cantidades que recibiera anticipadas, de lo que deduce que conforme al contrato, que daba derecho al prestatario para exigir a su acreedor el percibo de lo que le adeudaba, los pagos en cuestión estaban vencidos y, por contravención de lo contratado, infringía el fallo de instancia los artículos 1.091, 1.255, 1.256 y 1.258 del Código civil, el principio *facta cuncta servanda* y el apartado A) del artículo 40 de la Ley especial, al no estimarse íntegramente la excepción enervatoria; mas esta argumentación, contradictoria de la doctrina que antes de producirla invoca el propio recurrente y sin base en los especiales preceptos que regulan el caso cuestionado, es a todas luces inadecuada y carente de eficacia para la casación que con amparo en ella se pretende obtener, porque la revisión que autoriza el repetidamente citado artículo 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 afecta a los pagos que por los conceptos que enumera hayan sido aceptados sin coacción y violencia por el acreedor, ya que cuando hubiesen mediado alguna de estas circunstancias, u otra constitutiva de vicio en el consentimiento prestado por el aceptante, no serían los pagos revisables, sino anulables, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 5 de noviembre de 1940, ó por el Código civil, y como, además de esto, cualesquiera que sean los términos en que se estipuló la facultad del recurrente de anticipar los pagos, éstos no podían ser exigidos por el Banco acreedor, lo que excluye la posibilidad de admitir que al hacerse estaban vencidos, es visto que con acierto estimó la Sala sentenciadora que, con respecto a ellos, no concurría el primero de los requisitos impuestos por el artículo 40 de la Ley especial, y, consiguientemente, que la sentencia recurrida no ha iniciado infracción de los preceptos que el motivo señala.

Cuarto. Que lo que acaba de expresarse hace desestimable el motivo examinado, y se opone también a que prospere el segundo porque insistiéndose en él en los mismos razonamientos fundamentales del que le antecede, se hacen radicar las infracciones legales que imputa al fallo recurrido y el error de derecho en la apreciación de las pruebas, que apunta, sin cita de precepto alguno relativo o a su valoración, en el supuesto, ya rechazado, de que el artículo 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 sólo acoge y protege "a los acreedores que, obligados por la fuerza, las circunstancias o la presión del ambiente, admitieron pagos contra su voluntad o deseo".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1947

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: por quebrantamiento de forma.

El vicio formal consentido por el recurrente impide que pueda prosperar el recurso por quebrantamiento de forma.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: por quebrantamiento de forma.

No todo defecto o anomalía procesal puede fundamentar un recurso, sino sólo el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 27 DICIEMBRE 1947

Procesal—competencia: alcance de la Ley de 24 de junio de 1938 y su Reglamento.

Lo dispuesto en la Ley de 24 de junio de 1938 y su Reglamento de 28 de diciembre siguiente determina la competencia y regula la actuación de las Juntas de Detasas, sin efecto extensivo ni derogativo de la Ley de Enjuiciamiento civil y disposiciones complementarias, según tiene ya declarado esta Sala, entre otras, en las sentencias de 4 de junio de 1946.

SENTENCIA 27 DICIEMBRE 1947

Procesal—competencia—acumulación de acciones: cuándo pueden acumularse.

La condición requerida en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil no puede interpretarse en el sentido de que basta que se apoyen en

el mismo y único documento, porque siendo la acción el medio de reclamar en juicio un derecho contra alguien, su identificación o substancia no depende sólo del título del que la ejercita, sino de su relación con la persona contra quien va dirigida.

Procesal—competencia—acumulación de acciones: cuándo pueden acumularse.

La identidad jurídica que exige el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil debe entenderse en el sentido de que sea el mismo título o facultad jurídica para pedir y causa o razón para hacerlo.

Procesal—competencia—acumulación de acciones: cuándo pueden acumularse.

No habiendo solidaridad entre los demandados, no pueden acumularse las acciones como dicen las sentencias de 19 de enero de 1897, 18 de mayo y 5 y 29 de septiembre de 1940.

SENTENCIA 5 ENERO 1948

Procesal—competencia—principio de prueba.

El documento privado, firmado y presentado con la demanda, no rebatido ni negado expresamente por la parte demandada, constituye principio de prueba escrita para resolver una competencia.

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: contrato de arrendamiento de obras y servicios.

Por virtud del contrato de arrendamiento de obras y servicios, el que los presta tiene a su favor un fuero fijo, que es un derecho adquirido que no puede depender ni de él se le puede privar por actos o hechos ajenos a su voluntad, como son el fallecimiento del otro contratante o cualquier acto de cesión o enajenación posterior.

SENTENCIA 5 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción procesal—lugar de cumplimiento—incumplimiento de contrato: daños y perjuicios.

En las acciones reclamando indemnización por incumplimiento de contrato es aplicable la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo intrascendente la alegación del actor de que los daños fueron causados en el lugar de su domicilio, por no haber presentado ningún principio de prueba de tal afirmación.

SENTENCIA 8 ENERO 1948

Civil—sociedad de gananciales—liquidación: alimentos del cónyuge viudo.

Puestos en la debida relación del artículo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el 1.430 del Código civil, la sentencia recurrida ha interpretado rectamente dichos preceptos al reducir los alimentos solicitados por el cónyuge viudo a una cantidad menor que el producto líquido de su participación en la herencia, pues, teniendo que precaver el caso de que el alimentista careciera de otros bienes, no podía dejar de tomar las precauciones adoptadas, ya que, entregada la totalidad de la renta, no había posibilidad de efectuar la rebaja ordenada en el artículo 1.430 del Código civil, y mucho más si se tiene en cuenta que la facultad concedida a los jueces por el artículo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil no es preceptiva, sino permisiva de su libre apreciación en cuanto a la cantidad a conceder en relación con los otros preceptos.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no citar el precepto infringido.

Si las declaraciones de la sentencia recurrida son congruentes con las peticiones de las partes, se cumplió lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo cual no debe darse lugar al motivo invocado, ya que tampoco se ha citado en el recurso la infracción de dicho artículo.

ANTECEDENTES.—Fallecida D.^a Victoria Vázquez Martínez el 14 de diciembre de 1938, bajo testamento otorgado el 22 de junio de 1920, en el que declaraba hallarse casada con D. Carlos Díaz Pintado, de cuyo matrimonio no tenía sucesión, y ordenando en dicho instrumento que, “respecto de su marido, es voluntad que si la ley le concede heredarla en algo, sea lo que exclusivamente dicha ley le concede y en usufructo, pasando a su muerte esa cantidad a socorros de pobres y necesitados y casas de beneficencia...”, y pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia número 2, de Madrid, el juicio de testamentaria, el marido superviviente formuló demanda incidental en reclamación de alimentos provisionales contra la Junta Provincial de Beneficencia y el Obispado de Madrid-Alcalá, basándose en los artículos 148 del Código civil y 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y pidiendo que del capital de la testamentaria se invertiera la cantidad de 300.000 pesetas en valores del Estado y sus productos se entregaran al demandante por vía de alimentos. Los demandados se opusieron a esta pretensión totalmente, alegando en substancia que el actor resultaba deudor a la testamentaria por cantidad superior a la porción que pudiera corresponderle en la misma. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 24 de julio de 1945, declarando que el actor tenía derecho, en tanto fueran aprobadas las operaciones particionales, a percibir alimentos con cargo a las rentas de la mitad de la suma que existía depositada, que, en principio y sin perjuicio de las deducciones legales, constituía la legítima usufructuaria del cónyuge viudo; que la pensión alimenticia estaría constituida por dicha renta, con ciertas detracciones por gastos de compra de valores y cobranza; que en el caso

de que lo percibido por el viudo como alimentos excediera de la renta que en definitiva pudiera haber tenido como producto de los bienes que le fueran adjudicados en la partición, debería devolver el exceso a la herencia y ser tenido en cuenta en las operaciones particionales; y que para llevar a efecto lo indicado, debería extraerse de la Caja de Depósitos la suma de 379.835,92 pesetas, mitad de la que constaba depositada, y con su importe adquirir valores del Estado a nombre de la testamentaria, cobrándose las rentas por el actor. Apelada la sentencia, la Sala Especial de lo Civil de la Territorial, en 30 de abril de 1946, dictó nueva sentencia, reproduciendo íntegra la anterior, pero fijando la porción alimenticia en la cantidad de 500 pesetas mensuales, o sea en 6.000 anuales. El actor recurrió en casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Basado en el número 1.º del artículo 1.692, por infracción del artículo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil, inaplicado e interpretado erróneamente, según el recurrente, y por infracción del artículo 146 del Código civil, aplicado indebidamente, ya que en el caso de autos la parte opina que, según el artículo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deben entregarse al alimentista los productos líquidos de su participación presunta en la herencia, sea cual fuere su cuantía y sin tenerse en cuenta las necesidades del reclamante, ya que se trata de un caso especial al cual no son aplicables los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil ni los 142 y siguientes del Código civil.

Segundo. Al amparo del número 2.º del artículo 1.692, por incongruencia entre las peticiones de las partes, de las cuales una pidió se le asignasen por alimentos los productos líquidos de su participación usufructuaria presunta y las otras se opusieron totalmente a tal petición, sin que ninguna plantease la cuestión de si, supuesta la procedencia de la entrega, hubiera de graduarse la cuantía de la misma.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que si bien es cierto que el párrafo primero del artículo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que el actor funda especialmente su demanda de alimentos, establece que el juez, a instancia de los interesados, podrá mandar que de los productos de la administración de la testamentaria se entregue, por vía de alimentos, al cónyuge sobreviviente hasta la cantidad que pueda corresponderle como renta líquida de los bienes a que tenga derecho, previene en el párrafo segundo que dicha autoridad fijará la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer la entrega; y que el Código civil, en la sección séptima del título LII del libro IV, dedicado a la liquidación de la sociedad de gananciales, en su artículo 1.430 previene que de la masa de bienes se darán alimentos al cónyuge sobreviviente mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se le entregue su haber, añadiendo que se rebajarán de éste, en la parte que exceda de lo que le hubiese correspondido por frutos y rentas, preceptos que, puestos en debida relación unos con otros, llevan al convencimiento de lo acertado que es la interpretación que los ha dado la sentencia recurrida, pues, teniendo que precaver el caso de que el cónyuge sobreviviente carezca de otros bienes, no podía dejar de tomar las precauciones que ha tomado, pues entregada la totalidad de la renta, no había posibilidad de llevar a efecto la rebaja ordenada en el artículo 1.430 del Código; y mucho más si se tiene en cuenta que la facultad que concede a los jueces el artícu-

lo 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento civil no es una facultad preceptiva, sino permisiva de su libre apreciación en cuanto a la cantidad a conceder, en relación con los otros preceptos; razones por las cuales procede desestimar el primer motivo del recurso.

Segundo. Que tampoco es de estimar el segundo motivo, por no existir la incongruencia alegada, pues pedida en la demanda la concesión de alimentos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.100 de la ley rituarria y habiéndose accedido a ello en la cuantía que la Sala estimó procedente, teniendo en cuenta las garantías necesarias previstas en la ley y solicitadas por las otras partes litigantes, es evidente que se cumplió perfectamente con lo dispuesto en el artículo 359, por lo cual no puede darse lugar a ese motivo, ya que tampoco se ha citado en el recurso la infracción de dicho artículo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ENERO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por ser inadmisibile el recurso.

Las causas de inadmisión del recurso a que se refiere el artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil lo son también de desestimación.

SENTENCIA 15 ENERO 1948

Procesal—competencia—principio de prueba—cartas acompañadas a la demanda: no negadas por el demandado.

Las cartas presentadas con la demanda, cuya autenticidad no se niega por el demandado, constituyen principio de prueba por escrito suficiente para decidir una competencia.

SENTENCIA 19 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: cuándo se ha comenzado a cumplir la obligación.

Si bien el pago por giro de letras de cambio no tiene trascendencia procesal, por significar solamente una facilidad de pago que el acreedor proporciona al deudor, es caso distinto el que se produce cuando es el deudor el que voluntaria y deliberadamente verifica el pago en el lugar del domicilio del acreedor, designando así tácitamente el lugar de cumplimiento de la obligación y, por tanto, en este caso es de aplicar la reite-

rada doctrina de que la competencia debe decidirse a favor del Juzgado del lugar donde las partes han comenzado a cumplir la obligación objeto del pleito principal.

SENTENCIA 19 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento—culpa extracontractual—lugar del acto y lugar del resultado.

Según doctrina de esta Sala, aplicando la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el lugar donde se cumple la comisión o mandato, como también aquel en que se realiza el acto causal que origina los daños, es determinante de la competencia; y en los casos en que no coinciden el lugar del acto causal culpable y el de los efectos dañosos producidos, es al primero al que hay que atender para decidir la competencia territorial.

SENTENCIA 19 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción personal—justicia municipal—reclamaciones de cantidad contra la RENFE, por averías en las mercancías transportadas.

Domiciliada en Madrid dicha entidad, y derogada la regla veinte de la Real Orden de 1.º de febrero de 1887 por la Ley de 21 de mayo de 1936, no habiéndose dictado con posterioridad ninguna disposición que expresamente la modifique en los términos excepcionales previstos por el artículo 2.º del Decreto de 24 de enero de 1947, sin que exista sumisión expresa a determinado juez, es competente para conocer de las acciones personales por averías de mercancías durante el transporte el Juzgado Municipal del domicilio de la entidad demandada.

AUTO 20 ENERO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—resoluciones recurribles: en incidentes de juicios de quiebra.

Las resoluciones dictadas por las Audiencias en grado de apelación en los incidentes sustanciados en pieza separada en los juicios de quiebra, manteniendo la declaración de tal estado, no tienen el carácter de definitivas, a los efectos del recurso de casación por infracción de ley, según doctrina reiterada en autos de 8 de octubre de 1921, 3 de octubre de 1922 y 19 de enero de 1924, entre otros, por no estar comprendidas en el artículo 1.689 de la ley procesal, en relación con el número 1.º del 1.690, ya que ni pone término al pleito, ni hacen imposible su continuación, sino que, por el contrario, la facilitan.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: desestimación.

El defecto en una notificación, de la que el recurrente se dió por enterado, no constituye base para el quebrantamiento de las formalidades esenciales de juicio productoras de indefensión a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria: error en la apreciación de la prueba¹.

ANTECEDENTES.—Planteado el recurso por error en la apreciación de la prueba, se declara no haber lugar a él, porque el dictamen pericial en que se apoyaba el recurso no decía lo que el recurrente suponía.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria: naturaleza del recurso.

El recurso de injusticia notoria no implica el establecimiento de una nueva instancia, sino el medio extraordinario de enmendar los posibles errores del juzgador, por lo que han de aceptarse las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia, a menos que ésta incida en manifiesto error al apreciar la prueba, cuando ésta se acredite por la documental o pericial obrante en autos.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—causas: cuestiones de derecho.

Las cuestiones de puro derecho, de calificación de una relación jurídica, han de ser impugnadas en el recurso por injusticia notoria a través de la infracción de precepto o doctrina legal.

SENTENCIA 24 ENERO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación por no citar el precepto aplicable.

Infringidas las normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código civil por la sentencia recurrida; pero sin alegar esta infrac-

1. Por su falta de interés, omitimos la inclusión de esta sentencia.

ción el recurrente, que deriva sus alegaciones de una premisa contraria a la fijada como base del fallo impugnado, no hace aquél otra cosa que discrepar de lo apreciado por el Tribunal "a quo" en orden a lo estipulado en un contrato, por lo que el motivo de casación debe desestimarse.

Procesal—casación—infracción de ley—error de derecho: necesidad de citar la norma infringida.

No es estimable como motivo del recurso el error de Derecho en la apreciación de las pruebas, si no se cita como infringido algún precepto relativo a la valoración de las mismas.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de hecho: documentos auténticos.

No pueden ser tenidos como auténticos, para este efecto, los documentos que ya han sido apreciados e interpretados por la Sala "a quo", ni aquellos otros de los cuales no resulte la evidencia del error, por no contradecir su contenido las afirmaciones de la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES.—Por escritura notarial, fechada en Monóvar el 8 de enero de 1931, D. José Corbí Martínez, representado por su padre político y apoderado D. Alejandro Verdú Sotorres, concertó con D. Juan Rico Pérez, padre del demandante, un contrato de préstamo, garantizado con hipoteca, por el cual el Sr. Corbí prestó al Sr. Rico la suma de 30.000 pesetas, con interés anual del 8 por 100, pagaderas en dos años, que habrían de satisfacerse "en el domicilio del acreedor o sus sucesores", diciéndose al principio de la escritura que el Sr. Corbí era vecino de Monóvar y que tenía el mismo domicilio de su suegro, el Sr. Verdú, en dicha localidad, en la calle "Familiar". El prestatario fué pagando los intereses del préstamo, no empezando a hacer efectivo el principal hasta el año 1934, abonando hasta enero de 1936, en dos plazos, la suma de 10.000 pesetas, y hallándose al corriente en cuanto a los intereses al estallar la guerra civil, durante la cual no pagó nuevas cantidades, por haberse negado a recibirlas el Sr. Verdú, alegando que ya no era apoderado de su yerno, por lo que en 27 de febrero de 1939, el Sr. Rico requirió notarialmente a D. José Corbí, en el domicilio señalado en el contrato, de la calle "Familiar", en Monóvar, ofreciéndole el pago y anunciándole la consignación de principal e intereses, sin que el Notario hallase al acreedor en dicho domicilio, donde entendió el requerimiento con un vecino. El 2 de marzo de 1939 el Sr. Rico compareció ante el Juzgado de Primera Instancia para iniciar expediente de consignación, depositando 20.000 pesetas de principal y 5.076,70 de intereses. El Juzgado admitió el escrito y la cantidad, y constándole que el domicilio del demandado se encontraba en Madrid—P. de Vergara, 36—, con el fin de notificarle la consignación, expidió exhorto, que no pudo cumplimentarse. Fallecido el consignante el 24 de enero de 1941, su hijo y heredero universal, D. Ramón Rico, compareció en autos como tal causahabiente, solicitando se expidiese nuevo exhorto, por el que pudo llevarse a efecto la notificación al acreedor, el cual había comparecido en los autos pidiendo se declarase contencioso el expediente, a lo que accedió el Juzgado, solicitando el demandante se declarase extinguida la obli-

gación y cancelada la hipoteca de garantía. El demandado opuso que si bien en la escritura de préstamo el Notario autorizante, al reseñar las circunstancias personales del acreedor, dijo: "de esta vecindad y con igual domicilio que el mandante", tomando estos datos del poder otorgado por D. José Corbí a favor de D. Alejandro Verdú en 1929, con el que actuaba este señor, el Sr. Corbí tenía su domicilio en Madrid desde 1931, por lo que la designación para el pago del domicilio del acreedor o sus sucesores no se refería al antes expresado por error, que tampoco era el del apoderado en la fecha de la consignación, pues el Sr. Verdú, en 1939, no vivía ya en la calle "Familiar", sino en la calle Mayor, núm. 135, no habiendo sido, por tanto, hecha ninguna oferta de pago ni anuncio de consignación, puesto que su verdadero domicilio en Madrid lo había conocido el demandante por la providencia del Juzgado, pidiendo ser absuelto de la demanda. En 11 de septiembre de 1943, el Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda, declarando que el actor adeudaba al demandado 20.000 pesetas de principal, sin obligación de intereses desde la fecha del Movimiento Nacional. Apelada dicha resolución, la Territorial de Valencia, en 14 de diciembre de 1944, dictó sentencia confirmando la de instancia en la declaración de la existencia de la obligación de pagar el principal y revocándola en la de la inexistencia de la obligación de abonar intereses desde julio de 1936. El demandante recurrió en casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Basado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la LEC., señalando como infringidos los arts. 1.180, 1.176, párrafo segundo, y 1.171, párrafos primero y tercero, del Código civil.

Segundo. Amparado en el núm. 7.º del art. 1.692 de la LEC. Error de derecho, por no poder surtir efecto la revocación de poder respecto del mandatario, sino desde su notificación al mismo, la cual no consta en autos. Y error de hecho, corroborado por documentos o actos auténticos, en cuanto la sentencia recurrida induce del contrato de 8 de enero de 1931 que el pago había de verificarse en el domicilio que el acreedor tuviese en el momento de realizarse aquél, siendo así que en dicha escritura consta sólo que el pago se verificaría en el domicilio del acreedor, sin otro aditamento ni condición.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que discutida en el pleito la eficacia liberatoria de una consignación de cantidad hecha el 6 de marzo de 1939 por D. Juan Rico Pérez, en el Juzgado de Primera Instancia de Monóvar, para pago de la parte de capital e intereses que aún adeudaba a D. José Corbí Martínez por un préstamo de 30.000 pesetas que constaba en escritura pública de 8 de enero de 1931, en la que, en cuanto para el presente recurso interesa, se pactó que tanto el capital como los intereses serían satisfechos en el domicilio del acreedor o de sus sucesores, tiene afirmado la Sala de instancia, fundándose en su apreciación interpretativa de la expresada escritura y de las demás pruebas practicadas en el juicio: A) que, por interpretación adecuada del contenido de la cláusula segunda de aquélla, toda entrega de pago debía hacerse en el domicilio que en tal momento tuvieran el acreedor o sus sucesores; B) que este domicilio lo tenía el acreedor en Madrid, sin interrupción, desde 1930, sabiéndolo el deudor demandante; y C) que habiendo debido ofrecerse el pago en el lugar pactado no consta acreditada la práctica de este ofrecimiento ni la de previo anuncio de la consignación.

Segundo. Que el primero de los motivos del recurso, puesto que el recurrente, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento civil, después de fijar como base para las alegaciones que contiene, la indiscutida doctrina de que conforme a los artículos 1.177 y 1.171 del Código civil la consignación es ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, y de que éste deberá hacerse en el lugar designado en la obligación, acusa a la sentencia recurrida de infractora de los artículos 1.180, 1.176 y 1.171 del Código civil, cuyo supuesto razona con base en su afirmación de que el pago cuestionado había de hacerse precisamente en Monóvar, como lugar designado para ello en el contrato de préstamo, por lo que, ausente de él el acreedor, la consignación producía por sí sola efecto liberatorio; y bien se advierte que al derivar sus alegaciones de una premisa contraria a la fijada en la sentencia recurrida del modo que antes se ha dicho, como determinante del fallo impugnado en el recurso, no hace otra cosa el recurrente que discrepar de lo apreciado por el Tribunal *a quo* en orden a lo estipulado en el contrato acerca del lugar donde la obligación de pago había de ser cumplida por el deudor, sin combatirla, apoyándose en que según las normas de interpretación consignadas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil el juzgador cometió en la suya un error evidente, por lo que el motivo ha de desestimarse.

Tercero. Que tampoco es estimable el segundo motivo del recurso, comprendido por el recurrente en el número 7.º del artículo 1.692 de la ley procesal con denuncia del error de hecho y de derecho a que el mismo se refiere, porque, en cuanto a éste, no se hace cita de precepto alguno relativo a la valoración de las pruebas, y respecto al error de hecho, porque ninguno de los documentos que para demostrar su existencia se invocan puede ser tenido como auténtico para este efecto; la escritura de 8 de enero de 1931, por no merecer esta consideración, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia; los documentos, que ya han sido apreciados e interpretados por la Sala, y los demás de que el motivo hace cita por no resultar de ellos la evidencia del error requerida para la casación, puesto que su contenido no contradice lo afirmado en la sentencia recurrida, que no acoge entre los fundamentos para su fallo ninguno relativo a la revocación o subsistencia de poderes del acreedor demandado.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 26 ENERO 1948

Procesal—casación—resoluciones recurribles.

Planteada la demanda de pobreza ante la Audiencia, como, según el artículo 402 de la Ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias o autos resolutorios en incidentes que se promuevan durante la segunda instancia se da el recurso de súplica, no procede la casación sin que previamente se utilice este recurso de súplica.

SENTENCIA 27 ENERO 1948

Procesal competencia principio de prueba: carta suscrita por agente comercial.

Aun cuando no hay en los autos escrito firmado por el demandado sobre la existencia del contrato que este niega, no puede desconocerse, de acuerdo con la sentencia de 11 de julio de 1947, el carácter de principio de prueba, al solo efecto de determinar la competencia, a la carta suscrita por un agente comercial colegiado en la que éste pide al demandante para el demandado la mercancía, por la importancia que el Código de Comercio da a esta mediación y por lo que se va extendiendo en la práctica mercantil los contratos celebrados con esa intervención, lo cual, unido a la carta del demandado, no impugnada, que revela que su firmante no rechazó la mercancía sin retirarla de la estación, sino que, por el contrario, después de algunos días de recibida, se hizo cargo de ella, al menos para reexpedirla, acreditan cuánto es suficiente en este momento procesal la existencia del contrato de compraventa.

SENTENCIA 28 ENERO 1948

Civil—obligaciones—mora.

Estipulado que el comprador habría de requerir a los vendedores dentro del plazo señalado, para practicar la medición del solar vendido, determinando así el importe del precio, y transcurrido el plazo sin efectuarse dicho requerimiento ni pretender el pago, es evidente que el comprador incurrió en mora.

Civil—obligaciones—plazo resolutorio—moratoria.

Cumplido el plazo resolutorio antes de publicadas las disposiciones sobre moratoria, no infringe dichas disposiciones el fallo que declara resuelto el contrato.

Civil—compraventa de inmuebles bajo plazo resolutorio—requerimiento al comprador.

El artículo 1.504 del Código civil—como ya ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 3 de junio de 1917 y 30 de marzo de 1942—tiene la finalidad de obtener que el comprador se allane a dar por resuelto el contrato, siendo el requerimiento establecido por dicho artículo un requisito necesario para que la resolución se opere.

Procesal—casación—infracción de ley: irrelevancia del nombre impropia-mente dado a un acto jurídico.

La impropia denominación de "compromiso de venta", aplicada por el actor a un contrato de compraventa bajo plazo resolutorio, no cambia la naturaleza del mismo ni altera sus efectos, y si el Juzgado de Primera Instancia aceptó, al estimar la demanda, dicha impropia denominación, la circunstancia de que la sentencia de alzada, al confirmar la del inferior, aplique a dicho contrato el nombre de compraventa, no puede ser denunciada como un vicio denunciabile en casación.

Procesal—casación—infracción de ley—necesidad de impugnar todas las declaraciones de la sentencia en que se base el motivo.

Alegado que la escritura de sustitución de poder, presentada en instancia por el procurador de los recurridos, era insuficiente, por hallarse limitadas las facultades conferidas al apoderado, otorgante de aquella escritura sólo a lo relativo con las fincas pertenecientes proíndiviso a los coparticipes, entre los que figuraba uno a quien actualmente no pertenece ningún derecho en la comunidad; pero constando de la sentencia recurrida que en la misma escritura aparece otra cláusula, por la que los comparecientes se facultan reciprocamente para sustituir el apoderamiento en cuanto a los bienes que en lo sucesivo adquiere alguno de ellos, y declarando igualmente la sentencia que en la partición aparecen adjudicados a los recurridos los derechos de que anteriormente era titular en la comunidad el partícipe excluido, es visto que, al no impugnarse en forma alguna tales declaraciones, carece de eficacia el motivo en cuestión.

ANTECEDENTES.—El 23 de noviembre de 1935, en Valencia, D. Sebastián Casanova, por sí y en nombre de los demás copropietarios, suscribió con D. Alberto Villalba un "compromiso de venta", a favor de éste, de un solar de 800 a 850 metros cuadrados (parte de un inmueble adquirido a título hereditario), sin determinación de precio, teniendo como límite de duración el de 20 de diciembre de 1935, pasado el cual sin que el Sr. Villalba hubiera adquirido el inmueble, quedaría tal compromiso rescindido y sin efecto; y en la misma fecha y por otro contrato suscrito por los mismos interesados, se determinaron las condiciones del "compromiso", consistentes en que el precio por palmo cuadrado del solar sería de 12 pesetas, cuyo pago se haría al contado en el acto de formalizarse la venta, y que el documento público o privado se otorgaría el 20 de diciembre de 1935, y si no se cumplían estas condiciones, quedaría sin efecto el "compromiso" de venta; y nuevamente, el 25 de noviembre de 1935, se rebajó el precio de compra a 11 pesetas el palmo cuadrado, firmándose el oportuno documento novatorio. Llegado el 20 de diciembre de 1935 sin que el Sr. Villalba efectuase el pago, se formalizó otro contrato el día 27 del mismo mes, entre las mismas partes, manteniendo los anteriores con las modificaciones siguientes: a) Se concedía al Sr. Villalba un nuevo plazo, que venía el 27 de marzo de 1936, para formalizar la compra mediante la entrega del precio convenido. b) Se comprometían los vendedores a otorgar la escritura de compraventa a favor del Sr. Villalba o de la persona que éste designara. c) El Sr. Villalba entregaba, en concepto de arras,

20.000 pesetas. d) La diferencia entre esta cantidad y el precio convenido devengaría desde este día, a favor de los señores Casanova, un interés del 6 por 100 anual, pagadero de vencido. e) En caso de venta, la cantidad entregada como arras se consideraría como parte de precio. f) Si no se formalizaba la venta en el término expresado, por culpa del Sr. Villalba, perdería éste, en beneficio de los señores Casanova, las 20.000 pesetas de arras. Llegado el 27 de marzo de 1936, término fijado en el último contrato, el Sr. Villalba no había hecho efectivo el pago del precio, por lo que, a efectos del requerimiento establecido en el artículo 1.504 del Código civil, fué demandado dicho señor de conciliación por los señores Casanova, que presentaron demanda de mayor cuantía contra el mismo ante el Juzgado número 4 de Valencia, el día 18 de noviembre de 1942, invocando los artículos 1.088, 1.089, 1.100, 1.101, 1.254 y siguientes, 1.124, 1.152 y 1.153 del Código civil, y pidiendo se declarase rescindido o resuelto el "compromiso de venta" formalizado por los documentos privados antes relacionados, por culpa o incumplimiento del demandado, con pérdida por el mismo de las arras y restitución de la posesión del solar a los demandantes, de cuya propiedad nunca había salido, con las costas al demandado. Este formalizó su contestación, aceptando los hechos antes expuestos; pero oponiendo que, planteada la demanda en plena vigencia de la moratoria y no cabiéndole duda sobre las intenciones de los actores, aun pidió a los mismos que firmaran la escritura convenida, a lo que no accedieron éstos, los cuales hicieron notarialmente al demandado el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil, a lo que contestó el requerido que no reconocía personalidad al procurador de los actores; que la decisión de rescindir o resolver el contrato estaba tomada durante la vigencia de la moratoria; que el contrato no era un compromiso de compraventa, sino una compraventa con precio aplazado; que por haberse referido el precio a una unidad de medida, para determinar la cuantía exacta del mismo era indispensable precisar previamente la extensión de la finca, y que sometida la cuestión a los Tribunales, no debían concurrir con el litigio actuaciones como la practicada. También expuso el demandado en la contestación haber hecho notarialmente a los actores un requerimiento el 5 de enero de 1943, para medir el solar y determinar así el precio, pagándolo en el acto una vez determinado, a lo que contestaron los requeridos que el caso estaba *sub judice* y que habían optado por la resolución del contrato. También excepcionaba el demandado la insuficiencia de poder en el procurador de la parte actora, por ostentar una escritura de sustitución de poder, hallándose limitadas las facultades conferidas al apoderado, otorgante de dicha escritura, sólo a lo relacionado con las fincas pertenecientes proindiviso a los coparticipes de una comunidad hereditaria, entre los que figuraba una señora, a quien en el momento de instarse el proceso no pertenecía ningún derecho sobre la finca litigiosa. Igualmente, el demandado oponía *reconvención*, basada en los hechos siguientes: que se trataba de la venta de un solar de cabida indeterminada; que el precio, referido a una unidad de medida, tenía que determinarse, fijando previamente la extensión del inmueble; que el acto realizado era una compraventa con precio aplazado, por lo que los vendedores estaban obligados a otorgar la correspondiente escritura; que a este fin se encaminó la gestión del reconviniente, el cual no perseguía propósito de lucro por el mayor precio alcanzado por la finca, sino que la había adquirido para el Estado, estando acogido a los beneficios de la Ley de 1935 contra el paro, como contratista de un edificio destinado, primero, a Delegación de Hacienda y, después, destinado a servicios del Ministerio del Aire; que el reconviniente reside en Valencia y durante la guerra civil se vió perseguido y privado de sus ingresos. Invocaba los artículos 1.282, 1.445, 1.447, 1.450, 1.501, número 1.º, 1.462, 1.464, 1.264, 1.258, 1.279, en relación con el número 1.º del 1.280, y 1.098 del Código

civil; los artículos 533, número 3.º, en relación con el párrafo segundo del 535, 542, 543 y 544 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el Decreto de 29 de agosto de 1938, el Decreto de 9 de noviembre de 1939, la Ley de 7 de noviembre de 1939, la Ley de 22 de julio de 1942 y las sentencias de 7 de octubre de 1896 y 28 de octubre de 1931. Y solicitaba ser absuelto de la demanda y que se estimase la reconvencción, condenando a los actores a otorgar la escritura de compraventa. Los actores contestaron a la reconvencción, negando los hechos en que se fundaba y considerándola improcedente, por haber tenido ocasión el reconviniente de haber pagado el precio desde 27 de marzo de 1936 hasta el principio de la guerra y, terminada ésta, hasta el 17 de noviembre de 1942, fecha de la conciliación. Invocaron como fundamentos de Derecho, además de los de la demanda, los artículos 1.504 y 1.454 del Código civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo, insistiendo en sus peticiones anteriores. El demandado, en la dúplica, agregó que, admitido de contrario que se trataba de una venta, hasta el 27 de marzo de 1936 el demandado no estaba obligado a pagar, por encontrarse dentro del plazo convenido; entre esta fecha y el 18 de julio de 1936 seguía pudiendo pagar, por no habersele hecho el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil; y entre el 18 de julio de 1936 y el 1 de enero de 1943, la obligación no era exigible por la moratoria, no pudiendo prosperar la demanda presentada el 18 de noviembre de 1942, pues, a mayor abundamiento, si se había prorrogado el término expresamente hasta el 27 de marzo de 1936, desde esta fecha continuó dicha prórroga tácitamente, siendo consentida por los demandantes, ya que les constaba que el solar había sido adquirido por el Estado y el pago estaba pendiente de una tramitación burocrática; que, iniciado el alzamiento, no quiso entonces pagar, por no perjudicar a los actores, los cuales habían acudido a resolver la venta en vista del alza de precio de los solares, para privar de éste al Estado, que en el mismo había construido parte de un edificio; y que la medición previa seguía siendo necesaria, puesto que sólo se había vendido la superficie edificable. Practicada la prueba, quedó demostrado que ambas partes habían tenido que abandonar Valencia, para huir a la zona nacional, durante la guerra civil; que el demandado había obtenido en concurso la concesión de construir un edificio para el Estado, con sujeción a los beneficios de la Ley contra el paro de 1935, concertando una operación con el Instituto Nacional de Previsión, dando comienzo a las obras, y que no se le satisfizo el precio del solar, que se le seguía adeudando en junio de 1943. En el escrito de conclusiones, los actores adicionaron a sus fundamentos de Derecho los artículos 1.º, 3.º y 6.º de la Ley de 1.º de abril de 1939 y el artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940; y el demandado, los Decretos de 14 de marzo y 30 de abril de 1936. La sentencia dictada por el Juzgado el 2 de noviembre de 1943 desestimó la reconvencción y declaró rescindido el contrato de venta, con pérdida para el demandado de las arras. En apelación, la Territorial confirmó en todas sus partes la sentencia de instancia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Basado en el número 1.º del artículo 1.692, por infracción de los artículos 1.712, párrafo tercero, 1.714 y 1.727, párrafo segundo, del Código civil, inaplicados, en relación todos ellos con el número 3.º del artículo 533 y el artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Al amparo del número 1.º del artículo 1.692, infracción de los artículos 1.281, 1.445, 1.447, 1.450, 1.501, 1.462 y 1.464 del Código civil, por falta de aplicación; infracción del artículo 1.504 del mismo Código, por aplicación indebida, así como el artículo 1.282 del mismo Cuerpo legal y reiterada jurisprudencia.

Tercero. Amparado en el número 1.º del artículo 1.692, por infracción del artículo 1.º del Decreto de 27 de agosto de 1938 y disposiciones

posteriores sobre moratoria, todas inaplicadas, así como los artículos 1.126 y 1.124 del Código civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Cuarto. Basado en el número 7.º y en el 1.º del artículo 1.692, por infracción del artículo 1.101, número 2.º (sic) del Código civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 1.712, 1.714 y 1.727 del Código civil, alegando que la escritura de sustitución de poder presentada en instancia por el procurador de los recurridos era insuficiente para acreditar la representación de los mismos, por hallarse limitadas las facultades conferidas al apoderado otorgante de aquella escritura solamente a lo que tuviese relación con las fincas pertenecientes proindiviso a todos los coparticipes, entre los que figuraba D.^a María Civera, a quien no corresponde actualmente ningún derecho en la comunidad; pero el indicado motivo no puede prevalecer porque afirmado, de una parte, en el segundo. Considerando de la sentencia del Juzgado, aceptado en la de alzada, que a continuación de la cláusula de la escritura a que el recurrido alude aparece otra cláusula en la que se hace constar que los comparecientes se facultan recíprocamente para sustituir el apoderamiento en cuanto tenga relación con bienes que en lo sucesivo adquiriera alguno de ellos y declarado igualmente que en la escritura de partición aportada a los autos aparecen adjudicados a los recurridos señores Casanova los derechos de que anteriormente era titular en la comunidad la señora Civera, es visto que al no impugnarse en forma alguna tales declaraciones, carece de eficacia el motivo de que se trata.

Segundo. Que reconocidas como ciertas en instancia por el recurrente la existencia del contrato y las obligaciones de él derivadas, resulta manifiesto que la impropia denominación de "compromiso de venta" aplicada por los actores a dicho contrato—constitutivo de una compraventa con precio aplazado—no cambia la naturaleza del mismo ni altera sus efectos; y si el Juzgado de Primera Instancia, al acoger la demanda, aceptó aquella impropia denominación, la mera circunstancia de que la sentencia de alzada, al confirmar la del inferior, aplique en sus considerandos al repetido contrato el nombre de compraventa, no puede ser estimada como un vicio denunciante en casación, pues ello no significa *per se* un quebrantamiento de las normas legales, premisas las indicadas de las que se sigue lógicamente que no debe apreciar la existencia de las infracciones que acusa el segundo motivo de los invocados, el cual, por tanto, no puede tampoco prosperar.

Tercero. Que, como ha declarado esta Sala, entre otras sentencias, en las de 3 de junio de 1917 y 30 de marzo de 1942, el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil tiene la finalidad de obtener que el comprador se allane a dar por resuelto el contrato, constituyendo un requisito necesario para que la resolución se opere; y admitido por el recurrente que su obligación de pago era exigible desde el día 27 de marzo de 1936 y aparecía, por tanto, incumplida mucho antes de ser publicadas las disposiciones sobre moratoria, no es dable entender que tales disposiciones resultan infringidas en el fallo, máxime si se tiene en

cuenta que a medio del requerimiento no pretendieron los recurridos obtener el pago del precio, no reclamado tampoco en la demanda, razones las expuestas que determinan la desestimación del motivo tercero del recurso.

Cuarto. Finalmente, que, según afirma el Tribunal de instancia, se hallaba estipulado en el contrato origen del pleito que el comprador habría de requerir a los vendedores dentro del plazo señalado para practicar la medición del solar, determinando a medio de esta operación la cantidad exacta importe del precio, pactado por unidad de medida, y habría de realizar después el pago, transcurrió aquel plazo sin que el recurrente hubiese llegado a efectuar el requerimiento; y estas declaraciones, no impugnadas, de la sentencia destruyen la base en que se apoya el cuarto motivo de los invocados e imponen su desestimación, pues ni el recurrente dejó transcurrir el término sin pretender pagar el precio ni practicar el requerimiento convenido, es evidente que incidió en mora y que, en consecuencia, pudieron los recurridos dar por resuelto el contrato, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 ENERO 1948

Civil—procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia—infracción de ley: cosa juzgada.

No contiene manifiesto error en la apreciación de la prueba documental ni aplica indebidamente el artículo 1.252 del Código civil la sentencia que otorga valor de cosa juzgada a otra dictada anteriormente entre las mismas partes, con igual legitimación, si en el primer proceso se ejercitaba una acción de revisión de renta, encaminada a elevar ésta, y fundada en la Ley de 7 de mayo de 1942, y en el actual se persigue la misma elevación, fundándola en la misma Ley y, además, en el Decreto de 31 de enero de 1936, vigente al tiempo de interponer ambas demandas, de lo que se deduce que las acciones ejercitadas y el fin perseguido son los mismos, pues la variación parcial del fundamento alegado no varía la naturaleza de la acción.

Civil—arrendamientos urbanos—inmuebles reconstruidos—renta—irretroactividad.

El artículo 122 de la Ley no es aplicable a los inmuebles reconstruidos después de 1.º de enero de 1942, careciendo de efecto retroactivo dicho precepto, a tenor de la 12.ª Disposición transitoria.

Civil.—arrendamientos—renta—inmuebles siniestrados—irretroactividad.

No es aplicable la 20.^a Disposición transitoria a los inmuebles siniestrados cuya reconstrucción estuviese terminada con anterioridad a la vigencia de la Ley especial.

ANTECEDENTES.—Desde 1.^o de octubre de 1919, D. Alfredo Casimiro Alonso Prieto era inquilino de una tienda, pagando por ella la renta mensual de 175 pesetas. Esta casa sufrió desperfectos importantes a consecuencia de la guerra civil, siendo abandonada por sus habitantes; pero a la terminación de la guerra el interesado pudo volver a su local, ya que el piso bajo continuaba habitable, continuando en él su negocio de pescadería, hasta que el propietario lo requirió para que lo desalojara con el fin de realizar obras de reparación, procediendo el propietario a reconstruir la finca, y, terminadas las obras, el inquilino requirió al dueño para que le devolviera su local, teniendo que entablar acción judicial para que el Juzgado Municipal número 11 le diera la posesión de su establecimiento. El propietario, entonces, solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 15, de Madrid, la declaración de que la finca era de libre contratación, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del apartado a) del artículo 3.^o de la Ley de 7 de mayo de 1942, en relación con el artículo 4.^o de la misma Ley, exigiendo el propietario la renta de 700 pesetas mensuales, dictándose sentencia en apelación el 24 de septiembre de 1945, por la que el demandado fué absuelto de la demanda. Nuevamente, ante el Juzgado de Primera Instancia número 11, en 24 de octubre de 1946, el propietario demandó al inquilino, fundándose en el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, para que se impusiese al mismo un aumento de renta hasta alcanzar la suma de 700 pesetas mensuales, por tratarse de una finca nueva, y subsidiariamente que, conforme al Decreto de 21 de enero de 1936, se declarase elevado el precio de 175 pesetas mensuales en 171,90 más, importe del 4 por 100 del capital invertido en las obras. Conferido traslado a la parte demandada, ésta opuso los hechos que se derivan de los antecedentes ya expuestos, excepcionando la cosa juzgada derivada de la sentencia de 24 de septiembre de 1945, y convocadas las partes a la comparecencia que previene el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entró en vigor la Ley especial, acordándose la suspensión de los autos, para que las partes acomodaran sus pretensiones a dicha Ley, trasado que sólo evacuó el actor, el que insistió en su petición, fundándola en el artículo 122 y en la Disposición transitoria 20.^a, apartado a) de la expresada Ley, dictando sentencia el Juzgado el 22 de mayo de 1947, con desestimación de la demanda, por admitir la excepción de cosa juzgada, alegada por el demandado. El actor interpuso recurso de injusticia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Basado en el número 3.^o del artículo 169, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código civil, pues para el recurrente falta la identidad de cosas y causas.

Segundo. Amparado en el número 3.^o del artículo 169, por inaplicación del artículo 122 y la 20.^a Disposición transitoria de la Ley especial.

Tercero. Basado en el número 4.^o del artículo 169, por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental, consistente la sentencia de 24 de septiembre de 1945.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, conforme establece el artículo 1.252 del Código civil y la jurisprudencia reiterada de esta Sala, para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada,

concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, y en el presente caso se da la identidad entre las personas de los litigantes y su calidad, sobre las cuales las partes no discuten, pero se da también entre las cosas y las causas o razones de pedir, porque en el juicio resuelto por la sentencia dictada por el juez número 15 de los de Primera Instancia de Madrid, con fecha 24 de septiembre de 1945, por la que se absolvió al demandado de la demanda, se ejercitaba por el demandante una acción de revisión de renta dirigida a obtener del demandado un alquiler mayor del que satisfacía, fundándose tal acción en el último párrafo del apartado A) del artículo 3.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, en relación con el artículo 4.º de la misma Ley, que autorizaban la libre contratación, en los arrendamientos de fincas urbanas a que tales preceptos hacían relación, y en el juicio actual se persigue, asimismo, por el demandante la elevación del alquiler que satisface el demandado, fundamentando su petición en la razón legal que invocó en el anterior juicio y, además, en el artículo 8.º, en relación con el 6.º, del Decreto de 21 de enero de 1936, a tenor de los cuales, cuando el propietario necesite verificar en la finca obras que obliguen al cierre del establecimiento mercantil o industrial, el precio o merced del arrendamiento se elevará en el interés legal del capital invertido en aquéllas, de todo lo cual se deduce que las acciones y la facultad por ellas perseguidas son las mismas en uno y otro juicio, variando únicamente, en parte, la diversidad de las razones o motivos en que una y otra acción se fundan; pero esta diversidad de fundamentos no varía la naturaleza de la acción ni autoriza su reproducción en un segundo juicio contra la misma persona y sobre las mismas cosas, porque esto solamente cabría cuando los nuevos motivos hubiesen sobrevenido después o cuando posteriormente hubiesen llegado a noticia del interesado, circunstancias que no se dan en el caso presente, toda vez que las nuevas razones legales que invoca el actor en su demanda, y que las constituyen los artículos del Decreto de 21 de enero de 1936, antes citado, existían, por estar vigente dicho Decreto cuando la anterior demanda se promovió y nada impedía al actor haberlas invocado, por todo lo cual no cabe afirmar con el recurrente que la sentencia recurrida, por otorgar a la mencionada sentencia del juez de Primera Instancia número 15, de Madrid, valor de cosa juzgada, infrinja el artículo 1.252 del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta, ni contenga el manifiesto error en la apreciación de la prueba documental a que se refiere la causa cuarta del artículo 179 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y por ello procede la desestimación de los motivos primero y tercero del recurso.

Segundo. Que el segundo motivo del recurso se funda en la infracción del artículo 122 y de la Disposición transitoria 20.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero dicho artículo se refiere a las viviendas y locales de negocio construídos u ocupados por primera vez después de primero de enero de 1942 y establece que tendrán como renta la que libremente se estipule con su primer ocupante; pero el inmueble de que se trata no fué construído después de la indicada fecha, sino reconstruído,

y el demandado no lo ocupó entonces por vez primera, sino que continuó en la posesión arrendaticia que anteriormente venía disfrutando, aparte de que dicho precepto, por estar comprendido dentro del capítulo IX de dicha Ley, carecía de efecto retroactivo, por virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria 12.^a de la misma, y en cuanto a la Disposición transitoria 20.^a, que también se cita como infringida, se refiere a los inmuebles dañados a consecuencia de la guerra de Liberación o a otra causa de fuerza mayor, cuya reconstrucción no estuviera terminada a la vigencia de los preceptos de dicha Ley, para los cuales establece la libertad de la renta o la elevación de la misma en la proporción que señala, según los casos; pero tal disposición tampoco es aplicable al caso presente, por hallarse terminada la reconstrucción de la finca con varios años de anterioridad a la vigencia de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1948¹

Civil—arrendamientos urbanos—subarriendo: constitución de sociedad por el arrendatario.

Sea cual fuere la calificación que pueda merecer 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 se precisa el consentimiento del propietario.

Civil—arrendamientos urbanos—subarriendo: consentimiento del propietario.

El consentimiento del propietario para que el arrendatario pueda constituir una sociedad con tercera persona para ejercer el comercio en el local arrendado no puede establecerse como una consecuencia de la inscripción en el Registro Mercantil de aquella, porque el artículo 30 del Código de Comercio se limita a establecer su publicidad, pero no se infiere de ello que los actos en él inscritos sean conocidos para todos, máxime cuando los preceptos legales exigen la autorización del propietario para el traspaso o subarriendo.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: error en la apreciación de las pruebas.

Incurre en error de hecho la sentencia que desconoce las cartas dirigidas por el arrendatario en su propio nombre, cuando el comercio en el local arrendado se ejerce por sociedad constituida por éste, o por no estimar acreditado la falta de consentimiento en el subarriendo o traspaso.

1. Véanse los antecedentes, considerandos y comentarios en las páginas 701 y siguientes del fasc. II.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la interpretación de testamentos.

Es reiterada jurisprudencia que procede en casación revisar la interpretación que del testamento se hace en la sentencia objeto del recurso, cuando, al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal e invocando el 675 del Código civil, así como el acto de última voluntad, de cuya interpretación se trate, se acuse el error en que pueda haber incurrido el Tribunal de instancia.

Civil—personas jurídicas—fundaciones: nacimiento.

Como tiene establecido esta Sala, se determina el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que, por fallecer la causante, adquirió plena eficacia su declaración de voluntad de que se funde una escuela de niñas, destinando determinados bienes al cumplimiento de igual fin.

ANTECEDENTES.—Doña Patrocinio Olóriz y Azparrán falleció bajo testamento otorgado con fecha 4 de julio de 1929, ante el Notario D. Juan Miguel Astiz, en el que establecía un legado, para que se funde una escuela de niñas en el lugar de Viscarret, a cargo de las Hermanas de la Caridad; destinando una casa y determinados bienes para su sostenimiento, dejando encargado del cuidado de dicha fundación, con las más amplias facultades, a los señores curas párrocos que lo sean del lugar. En el mismo testamento se hacía institución de heredera en favor de doña Margarita Más Olóriz.

Fallecida la causante, se inician gestiones por el actual cura párroco de Viscarret, para que tenga realidad la voluntad de la testadora, acerca de su heredera; recibíendose una carta de dicha señora, en la que, amparándose en el hecho de una renuncia por parte de la Congregación de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl para hacerse cargo de dicha fundación, manifiesta no estar dispuesta a dar cumplimiento a la disposición testamentaria; a la que contestó el excelentísimo señor Obispo de la diócesis, insistiendo en la necesidad de llevar a cabo la voluntad de D.^a Patrocinio Olóriz, al mismo tiempo que la comunicaba que había sido aceptado el legado por las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl (hábito gris).

Ante estos hechos, el señor cura párroco de Viscarret formuló demanda el 20 de febrero de 1943, ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, contra D.^a Margarita Más, sobre cumplimiento de obligaciones testamentarias; dictándose sentencia en 28 de junio de 1944, condenando a la demandada. Apelada la sentencia ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, se dictó sentencia revocándose la recurrida.

Interpusóse recurso de casación por el actor, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que es indiscutible que el testamento de D.^a Patrocinio Olóriz, en su cláusula quinta, constituye el documento auténtico, del que resultan el error de hecho y la evidente

equivocación que, al apreciar su contenido, ha padecido la Sala sentenciadora; porque lejos de existir en la cláusula de referencia un legado en favor de la Congregación de Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paúl, o simplemente de las Hijas de la Caridad, lo que contiene es un legado en favor de la fundación que específicamente dejó dispuesta la causante.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, como ha establecido esta Sala en sus sentencias de 29 de diciembre de 1933 y 8 de julio de 1940, es procedente en casación revisar la interpretación que del testamento se hace en la sentencia objeto del recurso cuando, al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 692 de la Ley procesal e invocando el 675 del Código civil, así como el acto de última voluntad, de cuya interpretación se trata, se acusa el error en que pueda haber incidido el Tribunal de instancia; y, sobre la base de esta doctrina, aparece en el caso presente como cuestión a resolver que, frente al criterio inspirador de la sentencia impugnada, según la cual la cláusula testamentaria objeto de controversia reviste la naturaleza de un legado *sub modo*, instituido en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad, el motivo único del recurso contiene que dicha cláusula establece una fundación, en cuanto ordena la creación de la escuela a que la testadora se refiere.

Segundo. Que en la declaración de voluntad contenida en la repetida cláusula—que es la quinta del testamento de D.^a Patrocinio Olóriz—aparece señalado por la testadora un fin a realizar—“para que se funde una escuela de niñas”, dice a la letra—, destinando determinados bienes (casa y terrenos, más una suma de dinero) al cumplimiento del indicado fin —“para el sostenimiento de la escuela”, expresa también literalmente—; y aunque la testadora dispone que la escuela de referencia habrá de estar a cargo de las “Hermanas de la Caridad”, a quienes autoriza para percibir los productos del capital, es al párroco del lugar y a los sacerdotes que le sucedan en su función a los que encomienda cuiden del cumplimiento del indicado fin docente e igualmente es al párroco al que faculta para decidir si las religiosas encargadas de la enseñanza habrán de residir o no en la casa destinada a escuela.

Tercero. Que de lo expuesto aparece haber sido la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria y que determina—de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1920—el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que, por fallecer la testadora, adquirió plena eficacia su declaración de voluntad, consecuencia la indicada que se reafirma teniendo en cuenta el texto del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, el cual, en su artículo 9.º, y al regular las fundaciones benéfico-docentes—categoría en la que debe entenderse incluida la obra de que se trata—, estatuye que tienen personalidad jurídica desde el momento de su constitución, añadiendo el artículo 10 del mismo Decreto que si la fundación

se halla dotada con bienes inmuebles o derechos reales, es indispensable, para que se entienda constituida la escritura pública, requisito también cumplido en el caso actual, siguiéndose de las anteriores consideraciones que los términos de la cláusula testamentaria no autoriza en manera alguna a entender que la disposición contenida en ella reviste el carácter de un legado *sub modo* en favor de la Congregación de Hijas de la Caridad, encargada de la tarea docente, como con error afirma la sentencia recurrida.

Cuarto. En consecuencia, que, integrada dicha Congregación por dos distintas ramas, es manifiesto—contra lo que también declara la sentencia—que el hecho de tomar a su cargo una u otra de las mismas aquella tarea, tampoco puede significar el cambio o sustitución de un legatario por otro, ya que falta el supuesto de existencia del legado; y apareciendo de la certificación expedida por la Secretaría de Cámara y Gobierno del Obispado de Pamplona, a la que el recurrente se refiere, que “cada una de las ramas mencionadas tiene su visitadora propia y se gobierna con independencia de mandato”, y admitido como cierto por el Tribunal sentenciador que la rama vulgarmente denominada “del hábito gris” aceptó, representada por su visitadora general, la misión conferida en el testamento, después de haber declinado idéntico encargo la visitadora de las religiosas conocidas generalmente con el nombre de “Monjas del velo”, no puede estimarse excluida aquélla en razón de la negativa formulada por la representación de éstas, pues vendría a atribuirse así, sin fundamento alguno, a la denominación genérica de “Hermanas de la Caridad” empleada en el testamento un sentido específico que no consta le hubiese sido atribuido por la testadora.

Quinto. Por último, que, aun llegando a aceptar tal criterio interpretativo, siempre resultaría contraria a Derecho la tesis de estimar inexistente la fundación por la sola circunstancia de no haber aceptado la rama de la Congregación designada en el testamento la tarea docente que se le encomendaba, porque frente a esta conclusión se alzan como obstáculo los artículos 797 y 798 del Código civil—acertadamente invocados en la sentencia del Juzgado de Aoiz—, ya que no apareciendo de los términos de redacción de la cláusula que se hubiese subordinado la existencia de la fundación al requisito de haber de encargarse de la enseñanza las religiosas llamadas vulgarmente “Monjas del velo”, se seguiría de aquellos preceptos que, al no poder tener efecto la disposición exactamente en los términos dispuestos por la testadora, habría de cumplirse en los más análogos y conformes a la voluntad de la misma, cuales son, sin duda alguna, en el caso presente, los de confiar la labor a la otra rama de la misma Congregación de Hijas de la Caridad.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 26 FEBRERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—cesión: por aportación del goce a una Sociedad.

La aportación del arrendamiento a una Sociedad que sustituye al arrendatario en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio, causa de resolución del contrato.

Civil—arrendamientos—traspaso: requisitos.

El artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige la existencia de un precio cierto y que conste por escritura pública la existencia del traspaso.

ANTECEDENTES.—Arrendado un local de negocio, se aportó el establecimiento, con todas sus existencias y enseres, por un hermano del arrendatario, a una Sociedad mercantil regular colectiva. El demandado alegó que con esa Sociedad se había dado estado legal a una comunidad de bienes de carácter familiar. Desestimada la demanda, fué recurrida por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Números 3.º y 4.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: La aplicación de la ley no se solicita con efecto retroactivo, sino a hechos ocurridos después de su vigencia, a los que es aplicable la Disposición transitoria primera.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aunque el traspaso no reúna los requisitos que exige el artículo 44 de la ley, no implica esto que no le sea aplicable la causa de resolución por cesión en el goce del arrendamiento.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la aportación del arrendamiento a una Sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio, contraria a lo pactado, y causa de resolución del contrato, tanto en la anterior legislación como en la nueva, si en esa cesión no concurren los requisitos que la identifiquen con el traspaso autorizado por una y otra legislación, según la fecha de su realización.

Segundo. Que no hay analogía, sino distinción y aun suposición de supuestos, entre la cesión de que se trata y la continuación del arrendamiento concedido a favor del socio, caso de *fallecimiento del arrendatario*.

Tercero. Que el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936 sólo otorgaba el derecho de traspaso, si el inquilino justificaba haber pagado cantidades al comenzar su actividad en el local arrendado, por traspaso hecho con el consentimiento del dueño, o si éste lo consintiera *de manera expresa*, y D. Ramiro Natarranz Cedillo no ha probado, ni siquiera alegado la existencia de ninguno de esos requisitos, en el caso de autos, limitándose de alegar el consentimiento presunto del dueño, ineficaz al efecto, ante la exigencia legal especialmente señalada de que ha de ser expresa.

Cuarto. Que tampoco en la cesión de D. Ramiro Natarranz a la Sociedad Natarranz y Compañía, S. en C, se dan los requisitos necesarios, según el artículo 45 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, para la existencia legal del traspaso, pues ni se fijó un precio cierto, como él mismo hace resaltar con ahinco, ni se hicieron constar por escritura pública las circunstancias requeridas por dicho artículo.

Quinto. Que presentada la demanda el día primero de mayo de 1947, vigente ya la nueva ley citada, pidiendo la resolución del contrato por la causa tercera de su artículo 149, causa que lo era también de resolución, en la legislación anterior, según se ha dicho, y que se funda en una cesión cuyos efectos subsisten a la sazón, la competencia y el procedimiento seguidos venían impuestos por los artículos 158 a 160 y 175 de la nueva ley.

Sexto. Que la sentencia que desestimó la demanda, procedente por lo expuesto, infringe los preceptos legales citados, invocados como causa del recurso, que, por ello, debe estimarse.

Séptimo. Que lo dispuesto sobre el pago de costas de la instancia, en el párrafo segundo del artículo 175 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en el 176, sobre ejecución de las sentencias que obliguen a desalojar el local arrendado.

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, José E. Greño y Manuel González.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Arrendamientos—procesal—revisión: por injusticia notoria.

Arrendamientos — desahucio — causas — subarriendo de aprovechamientos secundarios: cuantía del mismo.

Aun siendo subarriendo de aprovechamientos secundarios o espontáneos, es causa de desahucio cuando rebasen el límite establecido en el artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

ANTECEDENTES.—Contra sentencia—confirmatoria de la apelada—dictada por la Audiencia Territorial, en virtud de la cual en un supuesto de subarriendo de una finca cuyo principal aprovechamiento era el ganadero,

y por el cual se percibía un importe superior al de la misma renta, se interpuso recurso de revisión fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Unico. Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, por injusticia notoria por infracción aplicando indebidamente el artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la terminante prohibición de subarriendo inicial del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1936, reforzado al establecer el mismo, que infringirla es causa de desahucio sin perjuicio de la nulidad de aquél; no admite otras enervaciones que las enunciadas en el mismo precepto, todas las cuales aluden a cesiones de aprovechamientos que no sean el principal de la finca, pues así lo evidencia el párrafo segundo, que aun tratándose de los espontáneos o secundarios no permite que rebasen el límite allí establecido, de donde se infiere que si lo cedido fuese producto integrante del principal o excediere del mentado límite, se ha de ver comprendido en la prohibición.

Segundo. Que por tratarse, en el caso, de finca ganadera principalmente, y haberse cedido pastos percibiendo por ello poco menos de la renta total, venía indudable la aplicación de la causa de desahucio expresada en el citado artículo 4.º; y es el caso que no ha incidido el pronunciado *a quo* en la tacha que el recurso aduce, pues ni se trata de cesiones admisibles, ni de vigencia corta que han sido anuales y sucesivas, ni aunque de esas clases fueren son operantes para la pretensión atendido su valor percibido, que con la cuantía más escasa que fuere calculada la correspondiente al principal aprovechamiento de ser el agrícola, toda vez que siendo el ganadero siempre resultaría vedado para el efecto, excede de la renta total del arrendamiento.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1948

Arrendamientos—procesal—revisión: carácter extraordinario del mismo.

El carácter extraordinario del recurso de revisión no permite apoyarlo en otras causas que las determinadas en la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 junio 1940.

Arrendamientos—retracto: plazo para ejercitarlo.

El plazo de un mes que señala el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, aun en el caso de no haber sido notificada la compra, es improrrogable, y se contará desde que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

SENTENCIA 19 FEBRERO 1948

Arrendamientos—procesal—apreciación de la prueba: recurso de revisión por injusticia notoria en su apreciación.

La injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba ha de ser palmaria y evidente, y de clara infracción de las reglas de la lógica y de la sana crítica.

Arrendamientos—retracto—plazo para ejercitarlo: cómputo del mismo.

La inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a favor del comprador es una de las formas de "conocimiento impuesto" al retrayente, que motiva, de acuerdo con el párrafo 4.º del artículo 16 de la Ley de 1935, que desde dicha inscripción comience a correr el plazo de un mes que aquel precepto fija para ejercitarla.

SENTENCIA 19 FEBRERO 1948

Arrendamientos—desahucio—alegación de cuestiones nuevas en revisión: disparidad entre las prevenciones alusivas al arrendamiento y las que se refieren a la aparcería.

No cabe alegar en revisión cuestiones nuevas, y menos equiparar las prevenciones relativas a los arrendamientos con las que contemplan el supuesto de aparcería.

Arrendamientos—aparcería—fin de la misma: prórroga.

La fijación contractual de su fin, constante la voluntad de los propietarios, no requiere otra notificación.

La terminante expresión del párrafo 2.º del artículo 49 de la Ley de 13 de marzo de 1935 elimina la prórroga de las aparcerías que no se produzcan por la expresa voluntad de las partes.

ANTECEDENTES.—Concertada aparcería entre propietarios y colonos con fecha 22 de enero de 1940 los copropietarios pretenden cultivarlos directamente y requieren a los aparceros para que los abandonen. Celebrado juicio de conciliación se llega al acuerdo entre las partes de que el contrato subsista hasta el año 1945, plazo contractual pactado, fecha en que los aparceros deberán abandonar las fincas. Llegada esta fecha, los aparceros, no sólo no abandonaron la finca, sino que realizaron las labores agrícolas acostumbradas. La propiedad les demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia es contraria a la pretensión. Apelada, la Audiencia la revoca, dando lugar al desahucio.

Contra esta sentencia los demandados interponen recurso de revisión, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Unico. Amparado en la causa 3.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a, epígrafe A), de la Ley de 28 de junio de 1940, que subdivide en dos apartados: A) Infracción por aplicación indebida del artículo 10, párrafos 1.^o y 2.^o de la Ley de 23 de julio de 1942, en relación con el artículo 26, causa 1.^a, de la Ley de 15 de marzo de 1935. B) Infracción por aplicación indebida del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la tesis del primer inciso del motivo único del recurso, atribuyente de la aplicación indebida de los párrafos primero y segundo del artículo 10 de la Ley de 23 de julio de 1942, implica cuestión nueva e inoperante por tal, ya que no fué argumentada en la instancia, pero sin este dique tampoco serviría, pues esas prevenciones aluden a los desahucios de arrendamientos, sin mención que autorice a referirlas a las aparcerías, que en sus cauces van regidas por su precepto particular, artículo 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que, respecto la terminación del plazo, atiende al contrato sin distinción.

Segundo. Que ciertamente el artículo 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940 enuncia, en criterio que tiende a su eficacia, una facultad al aparcerero, de continuidad en el disfrute en el diverso concepto de arrendatario; mas ella, que directamente alude a las aparcerías determinadas por imprecisas rotaciones de cultivos, más que a las por tiempo fijo, no lleva a estimar obligado que en estas sea preciso avisen de no querer seguir ese sistema, porque conocido perfectamente por el aparcerero el término contractual, le es dado decidirse con la antelación suficiente a seguir como arrendatario y proceder, en su consecuencia, a procurárselo por vía legal. Pero en el caso y cuando ya había mediado un acto de conciliación con el objeto de terminar la aparcería, no es dable aceptar se creyere por los cultivadores en otro posible dueño.

Tercero. Que la terminante expresión del párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 elimina las prórrogas de las aparcerías que no se produzcan por la expresa voluntad de ambas partes; y si bien la disposición antes comentada permite pensar en la posibilidad de alguna, en supuestos de rotación de cultivo comenzado el subsiguiente sin avisar el término, no es capaz de enervar la predicha eliminación, ni autoriza de ningún modo a pensar que fuere la tal prórroga semejante a la de los arrendamientos, porque en el supuesto, el aparcerero cultivador, sin derecho a prórrogas según la ley, las obtendría mayores que el arrendatario, toda vez que después de logradas le sería dada la que implica su derecho de opción.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 MARZO 1948

Arrendamientos—novación—convenio por el cual se estipula la continuación temporal en alguno de los aprovechamientos que integraban el contrato cuyo plazo se cumplió: inoperancia de la merced en dinero.

Quando la novación no significa un nuevo contrato de arrendamiento, sino simplemente una continuación en el disfrute de algunos aprovecha-

mientos, cuya merced se fija en metálico, no cabe considerar infringidos los preceptos que señalan un mínimo de duración legal, cuando la de aquellos aprovechamientos sea inferior a la prefijada.

Arrendamientos—renuncia de los derechos derivados de la legislación especial de arrendamientos rústicos: sus requisitos.

Es admisible la renuncia del derecho cuando éste se halla incorporado al patrimonio del renunciante, sean de libre disposición, no coarten la libertad ni el artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y concordantes.

SENTENCIA 29 MARZO 1948

Procesal—apreciación de la prueba pericial.

La prueba pericial es de libre apreciación del juzgador.

Arrendamientos—recurso de revisión: presupuestos.

No puede prosperar un recurso cuando se omite hacer referencia a una de las causas que se estiman como suficientes para motivar la sentencia.

SENTENCIA 13 ABRIL 1948

Arrendamientos—recurso de revisión—imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el mismo.

No pueden plantearse en revisión cuestiones nuevas.

Arrendamientos—retracto: consignación de rentas.

Constituye reiteradísima jurisprudencia que no es precisa la consignación de rentas vencidas o que venzan durante el juicio, en el caso de retracto.

SENTENCIA 14 ABRIL 1948

Arrendamientos—recurso de revisión: presupuestos.

No puede estimarse como infringido un precepto legal (en el caso de autos, el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil), a los efectos del recurso, si, tachada de irregular su aplicación en la contestación a la demanda, no se promovió resolución judicial que modificara el régimen procesal.

SENTENCIA 20 ABRIL 1948

Arrendamientos—recurso de revisión—afirmaciones de hecho de la Sala de instancia.

Dado el carácter extraordinario del recurso de revisión, las afirmaciones de la sentencia recurrida deben producir todos sus efectos mientras no fuere combatida—en la forma señalada legalmente—la apreciación de la prueba que las mismas suponen.

Arrendamientos—duración del arriendo—aplicación analógica del artículo 9.º, Ley 15 marzo 1935.

El artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 debe aplicarse por analogía a los contratos de arrendamiento celebrados por quienes solamente tienen sobre las fincas administración temporal, como sucede en el caso de que estén sujetas a la Ley de Responsabilidades políticas.

Arrendamientos—efectos de la consignación de rentas.

La consignación de rentas verificada días antes de la vista del recurso no puede afectar a la relación jurídica existente al dictarse la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES.—El actor solicita el retrato de una finca (por hallarse en posesión arrendaticia de la misma en virtud de contrato verbal), que fué adjudicada al demandado en subasta judicial. El demandado se opuso, alegando: 1.º Que el propietario de la finca la había hipotecado en garantía de un crédito que un familiar suyo tenía con el demandado, crédito que afianzó con garantía personal y solidaria, aparte de la responsabilidad que posteriormente contrajo como heredero del deudor principal. 2.º Que a dicho señor le fueron embargados todos sus bienes a consecuencia de haber incurrido en responsabilidades políticas, y el hoy demandado promovió tercería de preferente derecho sobre los inmuebles hipotecados, lo que fué reconocido. Como con ellos no se reintegró del total importe de la deuda, presentó demanda solicitando que se le pagara la diferencia a cargo de la sociedad de gananciales, lo que fué concedido. (Los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, entre los que se encuentra la finca, no se hallaban entonces sujetos a embargo, pues fué levantado éste en virtud de sentencia de la A. T. de Burgos.) A consecuencia de ello, se embargó la finca de autos, que fué adjudicada en subasta judicial al demandado. 3.º El actor pretende ser arrendatario, en virtud de prórroga estipulada verbalmente, de un contrato calificado por los contratantes como de “venta de frutos” celebrado con el administrador nombrado en el expediente de responsabilidades políticas el 1.º de julio de 1939, que debía finalizar el 31 de diciembre de 1939, en virtud del cual obtendría, mediante el pago de una cierta cantidad, los frutos de la finca de autos, pudiendo utilizar las edificaciones sitas en la misma para almacenarlos y estabular el ganado que había de consumirlos, quedando en provecho de la finca los abonos por éste producidos. Este contrato no puede reputarse válido: por exceder a las facultades de un ad-

ministrador de carácter provisional; por pertenecer la finca a la sociedad de gananciales; por haberse levantado el embargo sobre la finca (lo cual determina que cesen sus facultades sobre ella)—momento a partir del cual el actor no acreditó que continuara en posesión arrendaticia de la misma—, y por no haberse pactado la renta en trigo desde el momento en que hubo obligación de hacerlo.

El Juez de Primera Instancia sentenció no haber lugar al retracto, lo que fué confirmado por la A. T. El actor interpuso recurso de revisión, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primeró. Injusticia notoria por infracción de precepto legal. La sentencia recurrida calificó al contrato de 1.º de julio de 1939 como "arrendamiento especial". Se citan como infringidos los artículos 1.º de la Ley de 23 de julio de 1942, 1.546 del Código civil y 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, pues no cabe hablar de contrato de arrendamiento para conseguir así la no aplicación del último de los artículos citados.

Segundo. Igual que el primero. La ignorancia no puede estimarse en relación con el administrador judicial, ni mucho 'menos referida al Juez especial que, por la peculiar indole de los hechos, autoriza el contrato; basándose en la causa tercera de la séptima disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940; se citan como infringidos los artículos 1.021, 1.022, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil y el 1.879 del Código civil.

Tercero. Igual que los anteriores. La sentencia recurrida estimó que el administrador no podía prorrogar el contrato inicialmente pactado; se citan como infringidos los artículos 10 de la Ley de 15 de marzo de 1935; 2.º, párrafo A), apartado 2.º, Ley 28 de junio de 1940; 8.º, Ley de 23 de julio de 1942, y, en su caso, el 1.566 del Código civil. Asimismo sostuvo que se había verificado novación de dicho contrato, y que desde el levantamiento de embargo ordenado por la A. T. de Burgos no era factible la prórroga; se citan como infringidos los artículos 1.º, Ley de 15 de marzo de 1935; 1.º, Ley de 25 de junio de 1940; 1.º, Ley de 23 de julio de 1942; 16, Ley de 15 de marzo de 1935, y los demás que se refieren a la prórroga, así como—por aplicación indebida—el artículo 70 de la Ley de Responsabilidades políticas.

Cuarto. Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba. Se niega que se hubiera prorrogado el contrato, a pesar de los recibos de pago de renta y de la cuenta rendida por el administrador, obrantes en autos, y se pretende la aplicación de la Orden de la Jefatura Superior Administrativa de Responsabilidades Políticas de 18 de noviembre de 1940 a un contrato de arrendamiento verificado antes de la citada disposición.

CONSIDERANDOS.—Primeró. Que aun dada como aceptada la calificación de arrendamiento rústico a la plasmada en el documento de 1.º de julio de 1939, a que se hace referencia en la sentencia recurrida, que el mismo recurrente calificó como venta de frutos, y al que se señaló una duración de medio año, ya que, celebrado el contrato el 1.º de julio, se obligaba a dejar la finca a disposición del administrador judicial designado por el Juzgado Especial de Responsabilidades Políticas, que intervino en dicho contrato, el 31 de diciembre del mismo año 1939, sin que aparezca se haya celebrado ningún otro contrato escrito por el actor, con respecto a la finca objeto de la demanda; toda vez que el mismo reconoce que ha sido verbal el que le ha dado posteriormente la posesión arrendaticia de tal finca.

Segundo. Que se establece como declaración en la sentencia recurrida, "que para la posesión que el demandante venía ejercitando sobre la finca, en fecha 16 de septiembre de 1946, cuando se celebró la subasta judicial en la que el Banco de Santander la adquirió, no existía convenio arrendaticio", declaración que, por el carácter extraordinario del recurso de revisión, debe producir todos sus efectos, mientras la apreciación de prueba que la misma supone no sea combatida en la forma que la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 consiente.

Tercero. Que, aun cuando se intenta por el recurrente demostrar el manifiesto error que se atribuye al Tribunal "a quo", al hacer la afirmación antes consignada, es forzoso reconocer que no logra su propósito, ya que, limitados los medios que la ley concede para acreditar tal error, a la prueba documental o pericial obrantes en autos, ninguno de los alegados con tal fin producen ese efecto, porque ni el contrato de 1.º de julio de 1939 extiende su duración al 16 de septiembre de 1946, fecha de la adquisición de la finca por la entidad demandada, ni los recibos citados en el motivo cuarto del recurso, justificativos del pago de renta, de los años 1940 al 1944, inclusive, contradicen la afirmación de hecho de la sentencia a que anteriormente se hace referencia; y lo mismo ocurre con la cuenta rendida por el administrador judicial, que, con decir que lleva fecha de 15 de mayo de 1944, no puede referirse a hechos posteriores a la misma, como son los consignados por la Sala sentenciadora a que antes nos referimos, y es patente, por ello, que los documentos citados no demuestran el error que el motivo cuarto del recurso sostiene; y, en cuanto a la prueba pericial tampoco lo indica, por lo que hay que concluir que se mantiene en pie la afirmación de la Sala "a quo" de que la posesión que el actor tenía de la finca objeto del pleito, cuando se celebró la subasta de la misma el año 1946, no era posesión arrendaticia.

Cuarto. Que levantado el embargo de la finca objeto de la demanda en la sentencia de la Sala de lo Civil de Burgos de fecha 17 de junio de 1946, que acordó el alzamiento de dicho embargo sobre los bienes gananciales del matrimonio, entre los que figuraba la finca de este pleito, desde indicada fecha dejó de estar afecta a las responsabilidades políticas la finca aludida, y, por tanto, los contratos de arrendamiento que estuviesen pendientes sobre la misma como consecuencia del expediente de tales responsabilidades políticas quedaron resueltos, por aplicación análoga de lo dispuesto por el artículo 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, ya que no debe vincularse a los propietarios de las fincas, con relaciones contractuales contraídas por quienes sólo tienen sobre ellas una administración temporal, que al ser levantado el embargo que motivó el arriendo quedaron resueltas, mucho más en este caso en que la misma Ley de Responsabilidades políticas, en su artículo 70, dispone que, cuando se alcen los embargos que pesen sobre las fincas afectadas, quedarán éstas a disposición de sus dueños, lo que impide las prórrogas obligadas del arriendo de la finca que el recurrente pretende.

Quinto. Que si no era arrendatario el actor de la finca del pleito al ser ésta subastada y adjudicada al Banco demandado, es visto que no

puede ejercitar los derechos que el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 concede a los que tienen aquel carácter, y el estimarlo así la sentencia recurrida no sólo no ha infringido dicho precepto, ni los demás que se citan en los distintos motivos del recurso, sino que los ha aplicado rectamente, por lo que debe ser rechazado el recurso.

Sexto. Que la mejor demostración de que ni el demandante ni el administrador judicial del expediente de responsabilidades políticas a que estuvo afecta la finca del pleito, una vez alzado el embargo sobre la misma, hayan estimado subsistente el arriendo, es que ni volvió el primero a pagar renta alguna por dicha finca, ni el segundo a recibirla, sin que altere tal situación de hecho la reciente consignación efectuada por el actor días antes de la vista de este recurso, que no puede afectar a la relación de derechos existente al dictarse la sentencia recurrida.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 ABRIL 1948

Arrendamientos—recurso de revisión—presupuestos.

No puede recurrirse alegando quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio que han producido indefensión, si antes no se han agotado por la parte las posibilidades que las leyes procesales le otorgan para evitarla.

Arrendamientos—recurso de revisión: efectos de abandono “in voce” de motivo de revisión.

La manifestación “in voce” de abandono del motivo de revisión en el acto de la vista produce su ineficacia.

Arrendamientos—recurso de revisión—presupuestos.

No puede solicitarse impugnación de la apreciación de la prueba si no se invoca la causa cuarta de la norma séptima, A), de la Ley de 28 de junio de 1940, cumpliendo los requisitos que en ella se señalan.

Arrendamientos—recurso de revisión: presupuestos.

No puede alegarse quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando no se reclamó formalmente en su tiempo ni se prueba que haya producido indefensión.

SENTENCIA 7 MAYO 1948

Arrendamientos—recurso de revisión—afirmación de hecho de la Sala de instancia.

Deben prevalecer los hechos que la Sala de instancia afirma rotundamente como probados si no existe en los autos documento ni acto pericial que se opongan a dicha afirmación.

Arrendamientos—renta—puntualidad e integridad en su pago.

El espíritu de la legislación de arrendamientos, recogido en el párrafo penúltimo de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, es defender siempre la puntualidad e integridad en el pago de la merced arrendaticia.

Arrendamientos—obligación contractual de consentir subarriendo o aparcería.

No existe compromiso de consentir subarriendo o aparcería por parte del arrendatario, por el hecho de que en el contrato de arrendamiento se obligara a aceptar de momento las cabezas de ganado que en la finca están pastando.

SENTENCIA 11 MAYO 1948

Arrendamientos—retracto—determinación del precio de las fincas: eficacia de un pacto al que es ajeno el retrayente.

Siendo procedente sólo el retracto de una parte de las fincas que el retrayente llevaba en arrendamiento, y siendo global el precio asignado en la transmisión a la totalidad de éstas, se requiere que, en ejecución de sentencia se asigne a cada finca el justo valor que le corresponda, con independencia del que al resto de las fincas transmitidas se atribuyó por virtud de un pacto que, libremente concertado entre otras personas, no obliga al retrayente, ajeno por completo al mismo.

Procesal—requisitos de la sentencia: congruencia.

No es posible estimar la incongruencia si en el fallo impugnado aparecen claramente resueltos todos los puntos litigiosos que han sido objeto del debate, y se otorga en dicho fallo menos de lo pedido.

SENTENCIA 18 MAYO 1948

Arrendamientos—desahucio—causas del mismo—subarriendo: a los familiares del arrendatario.

El subarriendo o la cesión en cualquier forma del disfrute principal arrendado, aunque fuera a familiares, fraccionándolo o dividiéndolo entre varios de ellos, es causa de desahucio, máxime cuando el vínculo existente y la asignación de parcelas individuales deja patente el fraccionamiento, y por ello, que se efectuó el cambio efectivo que supone la cesión, en modalidad que no es permitida ni aun por causa de muerte.

SENTENCIA 19 MAYO 1948

Arrendamientos—causas de nulidad de estos contratos—renta: fijación en dinero.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que interpreta con acierto la sentencia recurrida la cláusula del contrato de arrendamiento celebrado el 14 de octubre de 1942, que dice "el precio es de cuarenta y seis mil pesetas o su equivalente en quintales métricos, al precio que fije y regule el Servicio Nacional del Trigo", al afirmar que la renta se ha fijado en dinero, porque en numerario se ha determinado en forma concreta lo que ha de satisfacer el arrendatario, y si bien se habla de la equivalencia en quintales métricos de trigo, el número de éstos queda supeditado al que corresponda a la expresada cantidad en metálico, cada año, contrariando con ello el propósito del legislador de que sea el patrón trigo el que regule las relaciones arrendaticias rústicas, sujetos, por ello, a las fluctuaciones que el precio del trigo sufra, tanto para el arrendador como para el arrendatario, lo que no se consigue fijando la renta en numerario, como se hace en la cláusula indicada, ya que entonces variará el número de quintales métricos de trigo, según la cotización que éste tenga, al reducir a especie trigo la cantidad dineraria fijada, infringiendo claramente el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942.

Segundo. Que esa infracción legal, contraria a la terminante prescripción del artículo 3.º citado, de fijar necesariamente la renta en trigo, hace incidir en vicio de nulidad el contrato celebrado, según tiene establecido con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sentencias de 28 de mayo de 1945 y 19 de mayo de 1947, y al estimarlo así la sentencia recurrida no ha cometido las infracciones que se indican en el primer motivo del recurso, que parte del supuesto incierto, según se demuestra en el considerando precedente, de haberse cumplido en el contrato la prescripción aludida de la fijación de la renta en trigo.

Arrendamientos—revisión: efectos de la declaración de nulidad del contrato.

Tercero. Que, como ya se razonó en la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1947, los efectos que esa declaración de nulidad del contrato

producen, por ser contrarios a la Ley, afectan y son responsables de ellos ambas partes contratantes, y, por tanto, se rigen dichos efectos por las prescripciones contenidas en la regla 1.^a del artículo 1.306 del Código civil, y al aplicarse en la sentencia recurrida, en lugar de este precepto, el 1.303 del mismo Código, se incurría en la causa de revisión expresada en el segundo motivo del recurso, si bien sea de aplicar la regla 1.^a de dicho artículo 1.306, en lugar de la segunda, como el recurrente pretende; toda vez que la culpa de la violación del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942, producida en el contrato de que nos ocupamos, es de ambas partes contratantes, que intervinieron en el contrato, y no de una sola parte, aun cuando fuese uno el que escribiese, pues la firma del pacto contractual demuestra la conformidad de los firmantes con el contenido del contrato.

Cuarto. Y haciendo aplicación de la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1947, antes citada, procede declarar la nulidad del contrato, sin que ninguna de las partes pueda repetir lo que hubiera dado a virtud del mismo, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido, según dispone la regla 1.^a del citado artículo 1.306 del Código civil.

SENTENCIA 25 MAYO 1948

Arrendamientos—recurso de revisión: carácter extraordinario del mismo.

El recurso de revisión, como extraordinario, sólo puede iniciarse después de agotados los ordinarios, como lo es el de súplica establecido en el artículo 402 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 28 MAYO 1948

Arrendamientos—retracto: renuncia previa de este derecho.

El que la fecha del documento en que se cede el derecho de retracto sea muy anterior al nacimiento de la acción para su ejercicio de las propias fincas, sitúa el caso exactamente en el supuesto de renuncia anticipada del derecho concedido a los arrendatarios en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, renuncia que no tiene valor alguno como acto contrario que es a las normas de carácter imperativo que dicha Ley contiene.

Procesal—presentación de la demanda por Procurador no habilitado.

Si la acción fué ejercitada dentro del plazo legal, no puede afectar a su eficacia el que la habilitación del Procurador, que fué solicitada con anterioridad, le fuera concedida cuatro días después de la presentación de la demanda, ya que esta demora en el trámite no puede perjudicar al litigante que hace uso de su derecho con la debida diligencia y mediante apoderamiento en forma.

Arrendamientos—retracto: consignación del precio.

Constando en autos que en la fecha de presentación de la demanda fué consignado en la mesa del Juzgado el importe total de la venta de las fincas, ello es suficiente para que surta todos sus efectos dicha consignación.

Arrendamientos—retracto: interpretación del artículo 16, párrafo penúltimo, de la Ley de 15 de mayo de 1935.

No tratándose de una sola finca dividida en parcelas, sino de varias fincas individualizadas, no se está en el caso de excepción del artículo 16, párrafo penúltimo, de la Ley de 15 de marzo de 1935, que no admite interpretación extensiva contrariante del espíritu que informó el establecimiento de este retracto arrendaticio, de dar acceso al arrendatario a la propiedad de la tierra que cultiva.

SENTENCIA 31 MAYO 1948**Apreciación de la prueba—prueba de la simulación negocial.**

No existe error demostrado en la apreciación de la prueba cuando se pretende acreditar mediante el mismo documento que la Sala reputa ficticio, pues siendo el objeto de la disputa no ha de ser también árbitro de su decisión, ni para decidirla sirve en cuanto las declaraciones de voluntad que contiene no constituyen elemento indubitado.

ANTECEDENTES.—Las pretensiones de la demanda inicial de la litis eran: a) declarar resuelto un contrato de aparcería; b) condenar a la demandada a dejar libre la finca en el término que se le señale, procediendo si no al lanzamiento; c) condenarla en daños y perjuicios, evaluables en período de ejecución de sentencia; d) condenarla en costas.

La oposición siguió dos caminos. Por una parte, se pedía la absolución. Por otra, se formulaba reconvencción, conteniendo los pedimentos siguientes: 1.º, que se declare la invalidez o ineficacia del supuesto contrato de aparcería, por contener la simulación de un convenio no concertado realmente por las partes; 2.º, que se declare asimismo que el documento en que se formalizó el contrato contiene uno de arrendamiento por el plazo mínimo de seis años, y que se condene a la actora a mantener a la demandada en la posesión arrendaticia durante ese período y a formalizar el oportuno contrato.

La demanda fué desestimada en instancia y estimada la reconvencción, lo que confirmó más tarde la Audiencia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de la documental obrante en autos.

El Juzgado y la Audiencia han prescindido de los claros términos del contrato, dando acogida a unos testimonios confusos y contradictorios que les permitieran sentar la teoría de la simulación.

Segundo. Infracción por inaplicación de los artículos 43, 44 (números 1.º y 3.º) y 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

La Sala incide en injusticia notoria al no imponer la sanción prevista en aquellos artículos a la deslealtad o fraude en la entrega al propietario de los frutos o productos correspondientes.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que médula del caso en controversia “la inveracidad o simulación del contrato” instrumentado en el documento privado (que) titulándolo de “sociedad para la explotación de cierta finca”, “se presentó por la demanda”, se reputa vano pretender, según pretende el primer motivo articulado en el recurso, que tal documento demuestra el error de apreciación de la prueba al entender que aquel contrato resulta ficticio, pues siendo el objeto de la disputa no ha de ser también árbitro de su decisión, ni para decidirla sirve en cuanto las declaraciones de voluntad que contiene no constituyen elemento indubitado.

Segundo. Que en la matriz del mismo motivo, exponente de indebida prevalencia concedida a la prueba testifical frente al contenido antes aludido, tampoco es útil, porque el criterio de facto se formó por la estimación conjunta de los diversos medios aportados, que así sirvieron al propósito de hallar la verdad sin olvido de las reglas de apreciación observadas.

Tercero. Que establecida la realidad jurídica concertada respecto al cultivo de la finca en cuestión, como un contrato de arrendamiento rústico, pese a la apariencia de aparcería que figuraba, resulta insustancial la aducción contenida del segundo motivo recurrente, expresiva de preceptos aplicables a la aludida aparcería, pues éstos no valen para regular la convención arrendaticia declarada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 JUNIO 1948

Arrendamientos rústicos—opción del aparcerero: artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

Del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 aparece claro el derecho de opción que dicho precepto concede al aparcerero para cuando el propietario no quiera continuar en la aparcería, pero sin que este derecho del propietario pueda ejercitarse durante la vigencia del plazo concertado, porque ello sería tanto como conceder a una de las partes contratantes facultad para incumplir las obligaciones contraídas.

La naturaleza de la legislación social, inspirada en la protección al trabajador de la tierra, supone que al negarle la ley el derecho a las prórogas obligatorias en las aparcerías, le conceda la compensación del derecho de opción del citado artículo.

Sostenida por la jurisprudencia la inoportunidad e ineficacia del ejercicio de ese derecho de opción por el aparcerero cultivador después de terminado el plazo contractual, si también se le niega para cuando éste expire y el propietario no quiera continuar en la aparcería, entonces el derecho establecido en el artículo 7.º sería una entelequia.

Arrendamientos rústicos—conciliación de los artículos 49, 2.º, Ley de 15 de marzo de 1935, y 7.º, Ley de 28 de junio de 1940.

No existe oposición entre estos artículos, pues aquél establece la regla general de que los contratos de aparcería concertados voluntariamente durarán, como mínimo, una rotación de cultivo, sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas partes, y el artículo 7.º entra en juego para el caso de que el propietario haga uso de su derecho a negarse a continuar en la aparcería autorizando al aparcerero cultivador a ejercitar entonces el derecho de opción.

SENTENCIA 11 JUNIO 1948

Arrendamiento: aparcería.

Procesal—apelación—desistimiento: hechos que lo producen.

Para suponer que la omisión de la entrega de la parte de renta que significan los frutos de la cosecha de otoño, podría ser causa de resolución de la aparcería, pero no del decaimiento en el recurso, ha de olvidarse el claro texto de la disposición aplicable, que obliga al pago o consignación de cuanto venza durante el pleito sin distinción y con la sanción de desistimiento.

SENTENCIA 25 JUNIO 1948

Civil—compraventa: objeto de la misma.

La cosa elemento real de un contrato por el que se venden todos los bienes, derechos y acciones pertenecientes a una persona, y que ésta adquirió por título hereditario, los cuales bienes, derechos y acciones se hallan situados en un determinado término municipal, contrato en el que se dan todos los elementos de la compraventa, no es la participación en la universalidad herencia, sino cosa singular, y, por tanto, mediante "traditio ficta", el comprador adquiere el dominio pleno sobre la cosa comprada.

Civil—contratos: valor de los mismos.

No cabe, en nombre de una mera posibilidad forjada hipotéticamente, privar de sus naturales efectos jurídicos a un contrato que tiene valor sustantivo propio según sus términos, ínterin mediante declaración, debidamente pedida, no le sea negado.

Arrendamientos—retracto: transmisión que lo fundamentó.

La jurisprudencia, en materia de retracto, enseña que ni el haberse vendido fincas en un solo acto, ni el haberse concertado la venta en un

solo precio se oponen al retracto, así como que no puede quedar la eficacia legal del retracto a merced de formas o modos de transmisión por las cuales fácilmente podría eludirse.

Arrendamientos—retracto: prueba del dominio.

Enseña también la jurisprudencia que en los retractos puede probarse el dominio por cualquiera de los medios reconocidos por las leyes, siendo suficiente para el ejercicio del retracto el disfrute legal del estado de posesión con carácter de dueño.

Procesal—medios de prueba—confesión: hecho propio.

La certidumbre sobre el hecho de ser unas personas los únicos herederos de un causante, es, como existente en su ánimo, hecho propio del que como tal lo confesó.

ANTECEDENTES.—Los hijos de la dueña de varias fincas dadas en arrendamiento vendieron, como únicos herederos de aquélla, todos los bienes, derechos y acciones que les pertenecían en su herencia. El comprador y el administrador de la causante firmaron después un documento privado en el que el segundo reconocía al primero como dueño de las fincas arrendadas, habiendo ulteriormente el comprador realizado actos y gestiones en concepto de dueño de tales fincas. Presentada demanda de retracto por el arrendatario, el adquirente se opuso, alegando, entre otras razones, que el contrato por él celebrado con los presuntos herederos no le constituía en dueño de las fincas en cuestión, por ser su objeto no cosas concretas, sino los hipotéticos derechos en una hipotética herencia, habiéndose de probar la serie de hechos necesarios para que tal transmisión de propiedad se produjera, y pudiendo esto dar lugar a una serie larguísima de averiguaciones, operaciones y aun procesos, incompatibles con la brevedad del juicio de retracto. Se practicó, entre otras, la prueba de confesión del demandado, en que éste confesó su certidumbre sobre los hechos necesarios para operar la transmisión de los bienes adquiridos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando haber lugar al retracto. La A. T., a la vista de la escritura de compraventa, que el demandado exhibió a requerimiento de la propia Audiencia, revocó la sentencia apelada, desestimando el retracto. El demandante interpuso recurso de revisión, con arreglo a los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Injusticia notoria por infracción de precepto legal: infracción del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, en cuanto que, en realidad, hubo la transmisión a título oneroso, que dicha norma exige.

Segundo. Infracción de la misma Ley, en relación con el artículo 1.636 del Código civil.

Tercero. Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, ya que de la practicada en primera instancia resulta que en el contrato sólo se vendieron las fincas objeto del retracto, habiéndose simulado la venta de derechos y acciones inexistentes para evitar el retracto arrendaticio.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que "la cosa", elemento real de la aludida escritura, no es participación que en la "universalidad herencia" pudieran tener los vendedores, sino cosa singular adquirida por ellos por

título hereditario; abonar tal aserto los términos literales de dicha convención; según ellos, se venden "todos los bienes, derechos y acciones "pertenecientes a los primeros" (a los vendedores), por herencia de su finada madre, cuyos bienes, derechos y acciones se hallan situados en el término municipal de Laracha, en la provincia de La Coruña, y se entenderán entregados con el otorgamiento de esta escritura, quedando, por lo tanto, el comprador subrogado por completo en el lugar de los vendedores para todos los efectos de posesión y dominio de la supradicha herencia por el estipulado precio de dos mil doscientos cincuenta pesos". Hállase, pues, patente la intención de comprar y vender cuantas cosas sitas en el lugar expresado pertenecieron por título sucesorio de la causante a sus hijos, los vendedores; y precisamente el modo de designarlos revela que para unos y otros tal situación, por ser conocida de todos, bastó entonces en cuanto al interés del comprador para especificarlos e identificarlos, como especificados e identificados quedaron los demandados en este pleito. Siguiendo la nota indicadora trazada en repetido instrumento para los fines asignados. Existe precio igualmente cierto, y, por tanto, concurren íntegramente las características legales y formales relativas a terceros de la compraventa de inmuebles con el consiguiente complemento de la "traditio ficta", que, cooperando en el conjunto, dan al adquirente el "dominio pleno" sobre la cosa comprada, el mismo dominio propio y excluyente que por razón de título y modo de adquirir hizo que los hermanos vendedores dijieran en la escritura de 2 de marzo de 1944 que los bienes, derechos y acciones que vendían "les pertenecían", frase que implica título dominical excluyente de otros condóminos. Recuérdese el contenido del último inciso del párrafo segundo del artículo 609 del Código civil y los 1.445, 1.447, 1.279 y 1.280 del mismo cuerpo legal, pues, enseñan la verdad legal de la doctrina expuesta.

Tercero. Que la historia jurisprudencial del retracto enseña que "ni la circunstancia de haberse vendido fincas en un solo acto, ni la de haberse concertado la venta por un solo precio, se oponen al retracto de las fincas vendidas" (sentencia de 26 de noviembre de 1895 y 13 de abril de 1896). Que en los retractos puede hacerse la prueba del dominio por cualquiera de los medios reconocidos por las Leyes (sentencia de 7 de julio de 1909). Que el disfrute legal del estado de posesión con carácter de dueño es condición suficiente para el ejercicio del derecho de retracto en relación con la finca poseída (sentencia de 25 de febrero de 1914). En sentencia de 6 de diciembre de 1918, dicese que es doctrina del Tribunal Supremo la de que la eficacia legal del retracto no puede quedar a merced de formas o modos de transmisión por los cuales fácilmente podía eludirse.

Cuarto. Que—siguiendo en el análisis de la escritura de 2 de marzo de 1944—, ella "por sí" enseña que los otorgantes—entre ellos el demandado—y el Cónsul español que la autorizó tuvieron como cierto que se vendían cosas de la herencia "ya causada", porque unos y otros no podían olvidar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.271 del Código civil. Por otra parte, teniendo presente lo dispuesto en el 1.068, la escritura que se estudia hace ver que así el autorizante como los otorgantes partían

del hecho para ellos cierto (certidumbre que, como existente en su ánimo, es hecho propio del que como tal confesó) de que eran vendedores "los únicos herederos", y, como consecuencia de tal unidad y conjunción, capacitados para disponer del dominio de cosas singulares adquiridas por título de sucesión "mortis causa", aun sin previa partición.

Quinto. Que de lo expuesto cabe concluir: que en la escritura de 2 de marzo de 1944 no pudo encontrar la Sala de instancia dato alguno revelador: primero, de que su madre no hubiese fallecido antes de aquella fecha; segundo, que dejara más herederos que los vendedores, tampoco para entender que de tal venta se excluyeran bienes de los vendedores sitos en el término municipal de Laracha; tercero, para deducir que, de los comprendidos en la demanda, no fueron de los que en arrendamiento llevaba el actor en este pleito; cuarto, para afirmar que el demandado confesó errores de hecho contrarios a los que repetida escritura relata y constituyen razón de su existencia, elevada a título jurídico de compra de bienes determinados, afirmación que, de admitirlas, conduciría a la paradójica consecuencia de que el demandado, habiendo comprado con los errores que se le atribuyen en la sentencia de instancia, tenga, no obstante haberlos padecido, facultad para retener la cosa comprada y, además, autorización para oponerse al mandamiento legal de retracto contenido en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, ejercitado por quien no reclama otro derecho que el de subrogarse en la misma posición jurídica que el demandado adquirió a medio de la repetida escritura respecto a las fincas que justificó llevar en arrendamiento.

Sexto.

Séptimo. Que si del valor de la comentada escritura estudiada aisladamente se pasa a contrastarla con el resto de la prueba, el resultado hace evidente la crítica y la solución propugnada con notorio acierto por una parte de la Sala de instancia. Que están plenamente justificados todos los requisitos de hecho y de derecho necesarios para que la acción retractual otorgada al arrendatario en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 tenga debido éxito, y por negarlo la sentencia recurrida debe revisarse: 1.º Porque con notoria injusticia ha incidido en manifiesto error en la apreciación de prueba documental acusada en el tercero de los alegados motivos de revisión. 2.º Porque con igual injusticia, expuesta en el primero de dichos motivos, infringe el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935. 3.º Del artículo 1.462 del Código civil en su segundo párrafo, en cuanto dicha sentencia deja de otorgar a la escritura pública todo el alcance que le corresponde como uno de los modos de entrega de la cosa objeto del contrato, olvidando, además, que a ese modo de "traditio ficta" siguió la real, que hace indudable los documentos privados; pero reconocidos como auténticos de 26 de mayo de 1944 y 10 de septiembre de 1943, y con ellos los actos de administración y dominio confesados por el demandado, intentados unos, aunque frustrados por oposición, y consumados otros, así como la condición en el demandante de arrendatario de las fincas cuyo retracto solicitó.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 21 JULIO 1948

Civil—concepto jurídico de finca.

Lo que caracteriza la unidad "finca" es su figura, su plano y pertenencia, que la constituye en cuerpo cierto sujeto a un dominio.

Arrendamientos—retracto: interpretación del artículo 16, párrafo penúltimo de la Ley de 15 de marzo de 1935.

La finalidad de la norma en él contenida es, más que impedir el minifundio, procurar que los retrayentes no lo sean de porciones desintegrantes del todo o de la parte que cada comprador adquiera.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos.* 1948-3-849

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *La mejora de labrar y poseer.* 1948-3-878

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador.* 922

JORDANO BAREA, Juan B.: *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena.* 1948-3-981

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

LÓPEZ JACOISTE, José Javier: *La nueva ordenación de solares.* 1948-3-1027

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.