

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1958.

IMPOR TANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XVI
FASCICULO V

OCTUBRE-DICBRE.
MCMLXIII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE I.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS
Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdguez, San Pedro, 32. Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

En torno al concepto de la prescripción

LUIS DIFZ-PICAZO PONCE DE LEON
Catedrático de Derecho Civil

Los cuarenta y seis artículos finales de nuestro Código Civil, englobados bajo una rúbrica que lleva como rótulo "de la prescripción", se enfrentan con una institución que posee una gran hondura y trascendencia, tanto teórica como práctica y que, sin embargo, se encuentra entre nosotros muy poco elaborada y escasamente estudiada. Señala con mucha gracia Jean CARBONNIER (1), que parece como si los grandes codificadores y los grandes comentaristas, tras de haber recorrido ya centenares de artículos, hubieran llegado a este punto prácticamente desfallecidos y como si este desfallecimiento hubiese repercutido en el tratamiento de la materia. Parece, además, dice el mismo autor, como si la prescripción no fuera otra cosa que un simple artillugio matemático, que, por la fuerza misma de los números, hiciese innecesaria toda interpretación.

Una reflexión somera, sin embargo, hará que en seguida nos apercibamos de que pocas materias civiles como ésta pueden dar lugar una función interpretativa tan variada, cualquiera que sea el ángulo o el punto de vista en que el intérprete se coloque. A una jurisprudencia de intereses, por ejemplo, le sorprenderá el trasfondo sociológico que asoma en ella casi descaradamente: protección del adquirente de buena fe frente a la reivindicación tardía; protección del deudor frente a la reclamación retrasada del acreedor. A una jurisprudencia historicista le apasionará examinar los estratos históricos sucesivos que en ella se han ido conglomerando: las diversas elaboraciones romanas, las doctrinas de los glosadores, de los canonistas, de los intérpretes del derecho común. A una jurisprudencia filosófica le interesará vivamente encontrar una justificación y un fundamento racional a una figura que, mientras unos consideran radicalmente inmoral e injusta (2), otros, en cambio, piensan que "bono publico introducta est" (3), o que es "la plus nécessaire a l'ordre social" como

(1) En un breve y sugestivo trabajo ("Notes sur la prescription extintive") publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 50, 1952, págs. 171-181.

(2) Se recuerda usualmente un viejo refrán de la baja Sajonia: "*Hundert Jahre Unrecht machen nicht ein Jahr Recht*" y el calificativo de "*impium praescidium*". Sobre estas opiniones extremas, ALAS-RAMOS-DE BUEN, *De la usufrucción*, Madrid, 1916, págs. 95 y sigs.

(3) Gayo, en *Dig.* 41, 3, 1.

decia BIGOT DE PREAMENEU (4). Le apasionará esta figura también al jurista amante de la política legislativa y al ansioso de reformas, en un momento como el nuestro, en que se habla, como BOEHMER (5), de una superación sociológica de la prescripción, en un mundo donde las estructuras vitales y la difusión de noticias, han sufrido una mutación sorprendente y donde el ritmo de la vida se ha acelerado de una manera tan extraordinaria que no puede por menos de repercutir en el ritmo del ejercicio de los derechos, pero donde, en cambio, por una extraña paradoja, se dispone de unos medios de fijación y de constancia —los archivos, los documentos, los registros— que hacen que las situaciones jurídicas antiguas puedan ser mejor y más largamente conocidas y sea menos injusto, por tanto, su planteamiento tardío (6). Apasionará, finalmente, esta extraña figura de la prescripción al jurista aficionado a los conceptos generales y abstractos: las ideas de derecho subjetivo, de facultad, de acción, de pretensión, de ejercicio y límites de los derechos, de adquisición y extinción, en pocos lugares como en éste cobran toda su importancia y se encuentran más gravemente implicadas y comprometidas. Una porción de incentivos inducen, pues, a revisar a fondo la figura de la prescripción. Una reelaboración completa no será posible hacerla en este momento y en este lugar, pero cabe, por lo menos, que detengamos nuestro análisis durante un rato con el fin de obtener un concepto que sea lo más claro, preciso y perfilado posible.

I

El ordenamiento jurídico nos coloca, con frecuencia, frente a unas situaciones jurídicas que son como las que a continuación se intenta describir.

1.^º Si Ticio ha celebrado con Cayo, "non dominus", un negocio jurídico traslativo del dominio de una cosa, ha comenzado a poseer la cosa objeto del negocio y ha continuado poseyéndola sin interrupción, transcurrido un determinado período de tiempo, Ticio podrá repeler la reclamación de Sempronio, "verus dominus", de tal manera que el derecho de Sempronio se habrá extinguido y Ticio se habrá convertido en el auténtico dueño.

2.^º Si Ticio celebra un determinado negocio jurídico por virtud del cual se constituye a su favor un derecho real "in re aliena" y se comporta ininterrumpidamente como titular de este derecho, transcurrido un determinado período de tiempo, podrá repeler la acción del propietario y el derecho real, originariamente mal adquirido, habrá quedado consolidado.

(4) *Expos: de Motifs del Código Civil francés*, París, 1804.

(5) "El Derecho a través de la Jurisprudencia", trad. cast. de J. PUIG BREU, Barcelona, 1959, pág. 245.

(6) Sobre esta idea, CARBONNIER, en el lugar citado.

3.º Si Ticio, acreedor de una prestación, omite reclamarla y Cayo, deudor de ella, no realiza ningún acto que entrañe reconocimiento del crédito, pasado un determinado período de tiempo, Cayo podrá oponerse justamente a la reclamación de Ticio, de manera tal que el ejercicio del derecho quedará impedido y Cayo en la práctica liberado de la deuda.

Con el nombre de prescripción se conocen en un sentido muy amplio, todos estos fenómenos que parecen consistir "prima facie", en una modificación que experimenta una determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo. Un concepto así delineado es, sin embargo, demasiado vago y demasiado general para resultar útil. Conviendrá, por ello, que lo puntualicemos de alguna manera. El centro de gravedad de todo problema radica probablemente en decidir si la adquisición y la correlativa pérdida del dominio, en el primero de los casos antes expuestos, la adquisición del derecho real "in re aliena" y la correlativa pérdida de la facultad de defender la libertad del fundo o de la cosa, en el segundo caso, y la liberación del deudor y la correlativa pérdida del crédito, en el tercer caso, poseen alguna nota o algún elemento común que permita reducir todos estos fenómenos a una figura unitaria. Históricamente este problema aparece sobremanera confuso. No es éste, desde luego, el lugar adecuado para ensayar un análisis histórico detenido, pero convendrá, al menos, alguna alusión a la evolución histórica del problema.

II

El instituto moderno de la prescripción se forma por la confluencia sucesiva de varias figuras romanas.

La primera es la "usucapio" que es una figura histórica antiquísima, mencionada ya en las XII Tablas ("usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annus esto"), en virtud de la cual un poseedor viene propietario con el transcurso del tiempo. Esta figura que se aplicó únicamente a las cosas susceptibles de "dominium ex jure quiritium" y en favor de los ciudadanos romanos (7) cumplía singularmente dos funciones que eran la consolidación de una adquisición realizada "a non dominio" y la consolidación de una adquisición recibida de un verdadero propietario, pero a través de un acto no reconocido por el "ius civilis" y, por lo tanto, insuficiente para transmitir la propiedad quiritaria. Por extensión la "usucapio" se aplicó al usufructo. Se aplicó también a las servidumbres hasta que lo prohibió una "Lex Scribonia". En las fuentes se habla por último de una "usucapio libertatis" para designar la extinción de un "ius in re

(7) "Adversus hostes — se dirá — aeterna auctoritas". Sobre el tema, vid. DE VISSCHER, *Aeterna auctoritas*, Rev. Historique, 16, 1937.

aliena", que se produce en virtud de una continuada posesión del fondo como libre (8).

La *praescriptio*, como indica su nombre —de "prae scribere", o sea, escribir delante— es una parte de la fórmula en el procedimiento formulario cuya característica consiste en que es insertada al principio. Las *praescriptiones* pueden ser "pro actore" o "pro reo". Las "praescriptiones pro actore" están encaminadas a definir y precisar la cualidad o la medida en que el demandante hace valer su derecho con objeto de evitar los efectos excluyentes de la "iuris contestatio". Las "praescriptiones pro reo", en cambio, están destinadas a instruir al juez para que antes de examinar el fondo de la cuestión debatida, se pronuncie sobre determinadas circunstancias, alegadas por el demandado que de ser ciertas impiden que recaiga una sentencia sobre el fondo del asunto litigioso. Funcionan como si fuesen una especie de "denegatio actionis", deferida al juez por el magistrado y constituyen en definitiva un medio de defensa del demandado, muy semejantes a las *exceptiones*, con las que a la larga terminan confundiéndose (9).

Dentro de estas "praescriptiones pro reo" existen algunas, a las cuales, por haberles reservado la posterioridad este nombre con carácter genérico, conviene hacer alguna alusión.

a) *Praescriptio* o *exceptio temporis*.—Las acciones derivadas del antiguo "iuris civilis" eran generalmente perpetuas, en el estricto sentido de la palabra. Cuando al lado de las civiles, el pretor introdujo otras acciones, estableció el plazo dentro del cual debían ser ejercitadas, que de ordinario era el mismo de un año útil que duraba su imperium. Aparecen así, dice PUGLIESE, junto a las acciones perpetuas unas acciones que son temporales o "temporariae" ("actiones quae certo tempore finiuntur"), de tal manera que cuando una de estas acciones se promovía después de transcurrido el plazo prefijado, el demandado podía oponer a la acción tardía la llamada "exceptio temporis" (10).

b) *Praescriptio longi temporis*.—Como la "usucapio" era, según hemos visto, una institución del iuris civilis, aplicable sólo a las cosas susceptibles de dominio quiritorio surgió en seguida la necesidad de crear por la vía del derecho pretorio, una institución similar que fuera aplicable, sobre todo, a los fundos provinciales. Nació así la "longi temporis praescriptio", en virtud de la cual un adquirente de buena fe, con justa causa, que había permanecido en la posesión diez o veinte años —según que fuera "inter praesentes" o "inter

(8) Cfr. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1956, págs. 253 y siguientes; BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1947; parágrafo 119, página 407; SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, trad. cast. de SANTACRUZ TEJERO, Barcelona, 1960, págs. 622 y sigs., 673, 691, etc.

(9) Sobre el tema cfr. ALVAREZ (Ursicino), *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955, pág. 356; BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp., Madrid, 1959, pág. 131.

(10) PUGLIESE, *Prescrizione estintiva*, Torino, 1914, págs. 5 y sigs.

absentes"—, podía detener la tardía acción reivindicatoria del verdadero dueño. Aunque nacidas para resolver el mismo problema práctico, "usucapio" y "longi temporis praescriptio" son instituciones profundamente diversas en sus efectos. La diferencia radical sería ésta: que mientras la "usucapio" provoca una "adiection dominii", la "praescriptio" es sólo un medio de defensa que permite repeler la reivindicación tardía ("exceptio quae adversus dominum tuebatur").

c) *Praescriptio longissimi temporis*.—Llamada también "exceptio triginta vel quadraginta annorum", aparece muy tardíamente en una Constitución de Teodosio II, del año 424 d. C., según la cual ninguna acción, sea real o personal puede extenderse más allá de un lapso de treinta años: "Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones —dice la Constitución— ultra triginta annorum spatium minime protendantur" (11).

Hasta aquí las cosas parecen perfectamente claras: hay una originaria institución del ius civilé —que es la usucapio— y una serie de remedios pretorios que van apareciendo sucesivamente. Las cosas comienzan a complicarse en el Derecho justiniano. Por lo pronto, ocurre que las divergencias entre "usucapio" y "longi temporis praescriptio" se han ido borrando. Ha desaparecido la diferencia entre los ciudadanos y los no ciudadanos con Caracalla y la diferencia entre los fundos itálicos y los fundos provinciales con Diocleciano. En la Comilación ambas instituciones se confunden, reservándose entonces el nombre de "praescriptio" para la que se refiere a bienes inmuebles, fundamentalmente, como señala BONFANTE, porque el Derecho romano tardío se desarrolla en Oriente donde los fundos habían sido provinciales (12).

(11) Entre los romanistas se discute —lo que para nuestro tema no interesa especialmente— si esta Constitución no es más que refundición de otra anterior. La constitución de 424, de Honorio y Teodosio II, dice así: "Sicut in "rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum "spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur vel "persecutione pulsetur, nihil minus erit agenti triginta annorum praescriptio "erit metuenda: codem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hipotecam "non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente initur vindicare. "Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex "quo competere jure coepérunt, vivendi ulterius non haebant facultatem. Nec "sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per adnotationem, prome- "ruisse responsum, vel etiam judiciis allegasse, nisi adlegato sacro rescripto "aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executorem conventio. "Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, "sed pupillari aetate cunctaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic "eximenda sanctione. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem "pertinet curatoris, necessario eis similiter ut allis annorum triginta intervalla "servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae "perpetuae videbantur non illae, quae antiquis temporis limitantur.

"Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulteriorius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit."

(12) Cfr. BONFANTE, *I limiti originari dell'usucapione*, en Studi Simoncelli, Nápoles, 1915, después en *Scritti*, Torino, 1926, 2, pág. 683.

Según este esquema, en el Derecho Justiniano habrían coexistido:

1.º La exceptio o praescriptio temporis, que permite repeler las "actiones quae tempore certo finituntur", cuando son ejercitadas fuera del plazo expresamente establecido.

2.º La "usucapio" y la "longi temporis praescriptio" confundidas, en virtud de las cuales un adquirente de buena fe y con justo título, después de permanecer ininterrumpidamente en la posesión durante tres, diez o veinte años, no sólo puede detener la acción real dirigida contra él, sino que, además, se convierte en propietario.

3.º La exceptio triginta vel quadraginta annorum, en virtud de la cual el demandado puede detener cualquier acción dirigida contra él, lo mismo si es de carácter real que personal.

El Derecho Romano conoció también la figura de la "vetustas", que es una posesión de duración muy prolongada, frente a la cual no existe memoria de que haya habido derecho alguno. Esta "inmemorialidad" constituye un título extraordinario de legitimación del poseedor, a quien se exonera de aportar prueba documental de su derecho (13).

Las cosas, complicadas ya, según hemos visto, en el Derecho justiniano, continuaron complicándose en el Derecho intermedio. Los intérpretes del Derecho común entenderán que la "exceptio triginta annorum", aplicada a las acciones reales, produce una "extraordinaria usucapio", sin necesidad de buena fe, ni de justo título, con lo cual las ideas de "usucapio" y de "exceptio" o "praescriptio", ya en parte fundidas por los compiladores justinianos, se confundirán más todavía.

El Derecho Canónico, por su parte, al exigir, en atención a una serie de imperativos de índole moral, la buena fe en todo tipo de prescripción, incluso en la de las acciones personales, provoca una confusión aún más completa (14).

El Derecho Germánico se funda, en esta materia, en dos ideas claves: la de inmemorialidad (Unvordenklichkeit), que coincide grosso modo con la idea romana de "vetustas" y constituye como ella un título extraordinario de legitimación y una exoneración de la prueba documental del derecho; y la caducidad (Verschweigung) en virtud de la cual determinados derechos tienen que ser ejercitados dentro de un período perentorio de tiempo, como es, señaladamente, el plazo de año y día (15).

Finalmente, la Escuela del Derecho Natural racionalista (GROCIOS, PUFFENDORF), al encontrar un único fundamento racional a todas estas figuras, preconiza una única institución, que las comprenda a todas.

(13) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1955, págs. 23 y sigs.

(14) CUYAS, Manuel, *La buena fe en la prescripción extintiva de deudas desde el Concilio IV de Letrán (1215) hasta Bartolo (1357)*, Roma, 1962.

(15) PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. esp. de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957, págs. 42 y sigs.

En la doctrina civilista se observan dos corrientes: una, que con el punto de partida ya analizado acomete un estudio conjunto de todas estas figuras y otra que mantiene la separación entre las figuras clásicas.

Dentro de la primera dirección, cabe recordar (16) los nombres de J. Francisco BALBO (*Tractatus de praescriptionibus*, 1554), de WIPPERMANN (*De usucaptionibus et praescriptionibus*, 1660) y de LUXIMUS (*De iure usucaptionis et praescriptionis*, 1698) y, sobre todo, por su decisiva influencia en la codificación, a Jean DOMAT, en "Les Lois civiles" (17) y a DUNOD DE CHARNAGE en un "Traité des prescriptions et d'alienation des biens d'églises" que es de mediados del siglo XVIII.

La segunda corriente aparece muy clara en los institutistas o comentaristas de las Instituciones, que examinan la usucapión al comentar el título sexto del libro II (de usucaptionibus et longi temporis possessiōnibus), y la prescripción al comentar el título doce del libro IV (de perpetuis et temporalibus actionibus) y en los pandectistas o comentaristas de las Pandectas, que estudian la primera en 41,3 (de usurpationibus et usucaptionibus) y la segunda en 44,3 (de diversis temporalibus praescriptionibus). Cuenta con la autoridad extraordinaria de Juan VOET (18), que en su "Commentarius ad Pandectas" explica "in quibus autem usucapio a prescriptione diversa fuerit", de Juan YÁÑEZ DE PARLADORIO (19), de HEINECIO (20), de POTIER, que estudia la "usucapio" en el "Traité de la Possession" (21) y la prescripción en el "Traité des Obligations" (22), señalando que son figuras que no tienen nada que ver una con otra, de BOURJON (23) que en su obra sobre "Le Droit commun de la France", sigue el mismo sistema y recibe finalmente la consagración de SAVIGNY en el "System des heutigen römischen Recht" (24).

En los ordenamientos históricos se observa alguna falta de claridad.

El Derecho francés (25), por ejemplo, admitió la prescripción de

(16) Ver SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, sin fecha, IV, parágrafo 237, pág. 176 y III, parágrafo 177.

(17) DOMAT, *Lois civiles*, París, 1767, III, 7, 4.

(18) VOET, Juan, *Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogorum, 1778, en el con, a Dig. 44, 3 (de diversis etc.), pág. 625.

(19) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Rerum quotidianarum libri duo*, Valladolid, 1629, cap. 1.º del libro 1.º (de usucaptionibus et temporalibus praescriptionibus).

(20) HEINECIO, *Elementa*, Venetiis, 1785, estudia entre las excepciones (página 478) las excepciones temporales. Sobre la usucapión, en cambio, vid. pág. 404.

(21) POTIER, *Tratados de la posesión y prescripción*, trad. esp., Barcelona, 1880, IV, págs. 5 y sigs.

(22) POTIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. cast., Buenos Aires, 1961, págs. 429 y sigs.

(23) BOURJON, *Le Droit Commun de la France et la coutume de Paris*, París, 1747, trata de la posesión que vale como título de propiedad en tomo I, págs. 903 y sigs. y de la prescripción que opera como causa de liberación y extinción de acciones en el tomo II, pág. 454 al estudiar las causas de extinción de las obligaciones, junto al pago, etc.

(24) SAVIGNY, op. y loc. cit.

(25) Cfr. POTIER, *Tratado de la posesión*, cit., págs. 5 y sigs.

diez a veinte años en favor de los adquirentes con buena fe y justo título (art. 113 de la Costumbre de París). Admitió, además, una prescripción general de treinta años —que es la exceptio triginta annorum—, para todo tipo de acciones. Esta prescripción general de treinta años tenía un carácter exclusivo en algunas costumbres que no admitían la anterior, como la de Orleans y como, entre nosotros, ocurrió al parecer en el “Usatge Omnes causae” (26). En otras costumbres la prescripción general de treinta años coexiste con la de diez y veinte, como en el artículo 115 de la ya citada Costumbre de París.

El Code Napoleón, muy influido, como se ha dicho, por DOMAT y por DUNOD (27), dedica un único título a la prescripción, considerándola como un “medio de adquirir o de liberarse” y establece, dentro de ella, la trentenaria con carácter general, tanto para las acciones reales como para las personales, la de diez y veinte años, como un privilegio del poseedor con buena fe y justo título, y las prescripciones cortas o breves de los hoteleros, obreros, gentes de trabajo, etc.

El Derecho español ha seguido una evolución muy especial y extraordinariamente confusa. Las Partidas engloban en un título, que es el 29 de la Partida tercera, una regulación dedicada a establecer que las cosas se pueden “ganar y perder por el tiempo”. Allí se establecen: una usucapión de muebles (Ley 9) y otra de inmuebles (Ley 18), siempre que exista buena fe, justo título (“alguna derecha razón”) y tres, diez o veinte años; la usucapión extraordinaria de los intérpretes mediante treinta años, aunque sea sin título (Ley 21). Y en otra ley distinta, la 22, la prescripción de los créditos también en treinta años: “Perezoso seyendo algúm hombre que no demandase en juicio sus deudas pudiéndolo hacer”, etc.

La Ley 63 de Toro vino a complicar este panorama y a ser la gran pesadilla de los comentaristas: “el derecho de ejecutar por “acción personal se prescribe por diez años, la acción personal y la “ejecutoria dada sobre ella se prescribe por veinte años y no menos, “pero donde hay la obligación en hipoteca o donde la obligación es “mixta, personal y real, la deuda se prescribe por treinta años y no menos” (28).

La Novísima Recopilación estableció, además, una serie de prescripciones breves respecto de lo debido a recaudadores, letrados, procuradores, boticarios, joyeros, oficiales mecánicos, etc. (29).

(26) Lo que cuenta con el testimonio favorable de FONTANELLA, *Decissiones Sacri Regii Senatus Catalonie*, Genovae, 1689.

(27) Sobre la influencia histórica indudable de los autores citados en el Código francés, vid. TISSIER, *De la prescription*, en el *Traité théorique et pratique de Droit civil* de G. BAUDRY-LACANTINERIE, París, 1895. La cita se hace por la trad. ital. al cuidado de BONFANTE, PACCHIONI y SRAFFA.

(28) Vid. las dificultades de interpretación resumidas en GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1863, tomo III, páginas 93 y sigs.

(29) También en GUTIÉRREZ, op. y loc. cit., pág. 103.

El Proyecto de 1851 (30) siguió fielmente la línea del Código francés, pero nuestro Código Civil ha hecho todavía mayor la confusión reinante en esta materia, al apartarse no sólo de esta línea, sino también de la de nuestro Derecho histórico. Actualmente en el Código, coexisten: la usucapión ordinaria en favor de poseedor de buena fe con justo título; la extraordinaria en favor de cualquier poseedor sin título ni buena fe; la extinción de las acciones reales por el paso de treinta años como figura distinta de la anterior —lo que representa una extraordinaria novedad frente al derecho histórico y frente al comparado—; la extinción de las acciones personales por el paso de quince años; y las prescripciones cortas o breves.

III

Esta es, muy someramente expuesta, la evolución histórica de la institución que examinamos. ¿Qué consecuencias nos puede ofrecer en orden a la elaboración del concepto que ahora perseguimos? Hemos apuntado ya que parecen haber coexistido, como fruto de esta confusa evolución, dos direcciones a las que podemos llamar respectivamente la unitaria y la dualista.

La dirección unitaria, cuyos orígenes los conocemos ya, se consagra legislativamente en el Código Prusiano, en el Código Civil francés, en el austriaco de 1811, en el italiano de 1865 y en el nuestro, donde el título XVIII del libro cuarto es común para todas las formas de prescripción. Su formulación clásica puede encontrarse en DOMAT: "la prescripción es un modo de adquirir y de perder el derecho de propiedad y cualquier otro derecho por el transcurso del tiempo" (31). Y DUNOD, de quien los redactores del Código francés han tomado, como he dicho, la mayor parte de las reglas en esta materia, decía que "la prescripción es un medio de adquirir el dominio de las cosas, poseyéndolas como propietario, y de liberarse de los derechos incorporales, de las acciones y de las obligaciones cuando aquél a quien pertenecen ha dejado de servirse de ellos y de ejercitálos" (32). Recogiendo estas ideas BIGOT DE PREAMENEU, y con él el Código francés y el italiano de 1865, dirán que la "prescripción es un medio de adquirir o de liberarse por un cierto tiempo y bajo las condiciones determinadas por la Ley" (33).

La teoría unitaria tropieza, sin embargo, con serios inconvenientes. El más grave consiste en encontrar una definición que sea auténticamente unitaria. UNTERHOLZNER (34), que a principios del si-

(30) Vid. GARCÍA GOVENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, págs. 300 y sigs.

(31) Op. y loc. cit.

(32) Op. y loc. cit.

(33) Op. y loc. cit.

(34) UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinem im Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1828.

glo XIX compone una "Verjährungslehre", define la prescripción como aquella modificación (Veränderung) que experimenta una determinada relación jurídica con el paso del tiempo. Y CROME (35) trata de refundir en una fórmula unitaria las diversas especies diciendo que la prescripción es "una transformación reconocida por la ley de un estado de hecho en un estado de derecho, operada por el transcurso del tiempo". Las definiciones, así obtenidas, son demasiado vagas e imprecisas y resultan un blanco muy fácil para la crítica.

La primera observación que contra ellas cabe formular es que son aplicables no sólo a la prescripción, sino también a todas las demás modificaciones que acaecen en una situación jurídica merced al paso del tiempo. No se pone de relieve, por ejemplo, en qué es la diferencia que separa a la prescripción de la caducidad. Una modificación jurídica e incluso una extinción de derechos por el paso del tiempo existen también en los derechos y titularidades temporalmente limitados, cuando transcurre enteramente su plazo de duración. Un usufructo, una sociedad o un arrendamiento se extinguen, cuando termina su plazo de duración. Los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial terminan también al cumplirse el término legal de duración. ¿Cuál es la diferencia radical que separa a estos fenómenos de aquel otro que conocemos específicamente con el nombre de prescripción? La pregunta queda sin aclarar.

La contraposición entre un "estado de hecho" y un "estado de derecho" parece pensada para la usucapión —paso de la posesión a la propiedad—, pero es muy difícilmente aplicable a la prescripción de un crédito, donde un estado de derecho —la relación obligatoria— se transforma en otro estado de derecho —la extinción o desvigorización de la relación obligatoria.

Finalmente, el hacer hincapié casi exclusivamente sobre el transcurso del tiempo es algo que no deja de contribuir a oscurecer el panorama. Es cierto que algunos autores han tratado de situar la prescripción precisamente en este punto: en la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas o en los derechos subjetivos. Hay —se dice— un hecho jurídico —el mero transcurso del tiempo— que altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas. Este modo de pensar no es exacto. El tiempo, en sí mismo considerado, como mero transcurso, no pertenece a la sustancia de la prescripción. Piénsese que un crédito puede prescribir a los quince años, ciertamente, pero puede prescribir también a los treinta, a los cuarenta y cinco, etcétera, si han mediado actos de ejercicio o de reconocimiento del derecho. El tiempo no es un elemento del fenómeno de la prescripción, como señalaban ALAS, RAMOS y DE BURE, recordando el viejo aforismo "tempus non est modulus constitutendi vel disolvendi iuris" (36). El tiempo es únicamente medida de duración y esto lo

(35) Vid. la cita en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.^a edic., Madrid, 1952, I, 2.^a, pág. 667.

(36) En la obra citada, Madrid, 1961, pág. 8.

mismo en la prescripción que en los demás fenómenos vitales. Los elementos de la "facti species" de la prescripción son otros: que el acreedor y el propietario hayan permanecido largamente inactivos; que el poseedor se haya mantenido ininterrumpidamente en la posesión. Un ejercicio o un inejercicio continuados son los verdaderos elementos del fenómeno de prescripción.

La dificultad de la definición unitaria hace que una gran parte de la doctrina abandone incluso el intento y se conforme con una fórmula descriptiva que se limite a yuxtaponer las dos grandes especies. Así, por ejemplo, los anotadores de ENNECERUS definen la prescripción como "nacimiento o terminación de los derechos en virtud del ejercicio o del no ejercicio continuado de los mismos" (37).

Pero, si se llega a este punto, es claro que pueden encontrarse profundas diferencias entre las dos formas básicas de prescripción, a cambio de no haber encontrado en el fondo ninguna nota común, que pueda servir de una manera estricta para basar un concepto unitario rigurosamente científico.

Ello hace que la doctrina haya abandonado la tradicional teoría unitaria de la prescripción y haya tratado de desglosar las dos grandes especies en dos instituciones radicalmente diferentes, dando así paso a la llamada teoría dualista de la prescripción, cuyo origen suele situarse en las ideas de SAVIGNY, aunque, como hemos demostrado ya, se encuentra nítidamente expuesta en obras anteriores, como son las de VOET, HEINECIO, POTIER o BOURJON, ya citadas, y en los comentarios de una porción de institutistas y de pandectistas.

Es necesario, se dirá, deslindar dos instituciones radicalmente diferentes, cada una de las cuales cumple una función y una finalidad distinta, posee su propio régimen jurídico, una diferente denominación o terminología —usucapión y prescripción; Ersitzung y Verjährung; prescription y limitation (38)— y un diferente lugar en el sistema.

La prescripción y la usucapión son dos instituciones radical y completamente distintas:

1.º La usucapión es, fundamentalmente, un modo de adquirir. La prescripción, en cambio, es una causa de extinción. De esta diferente naturaleza se derivan un diferente campo de aplicación y una diferente eficacia jurídica.

2.º La usucapión se refiere exclusivamente al dominio y a los derechos reales, mientras que la prescripción afecta a todo tipo de derechos y, por tanto, lo mismo a los derechos reales que a los derechos de crédito.

(37) PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *Anotaciones a la trad. esp. de ENNECERUS*, Tratado de Derecho civil, I, 2.º, pág. 846.

(38) En el Derecho inglés se utiliza el nombre de "limitation" —limitation of action; statutes of limitation— para aludir a lo que nosotros llamamos usualmente prescripción extintiva y se reserva en cambio el nombre de "prescription" para la que suele llamarse adquisitiva.

3.^º Desde el punto de vista de sus presupuestos aparecen también profundas diferencias entre la usucapión y la prescripción. La prescripción funciona en vista únicamente de la inactividad del titular del derecho: es la simple conducta omisiva —es decir, un requisito de tipo negativo— del titular del derecho, lo que la produce. La usucapión, en cambio, requiere algo más, como es una conducta positiva del beneficiado: una continuada e ininterrumpida posesión de la cosa. Como hace muchos siglos señaló ya BARTOLO con una gran agudeza la primera funciona “odio negligentiae”, mientras que la segunda lo hace “favore possessionis”.

4.^º De todo ello se extraerá una última conclusión: que debe subrayarse la diferencia radical entre ambas instituciones, asignando a cada una de ellas no sólo una diferente terminología, sino también un diferente lugar en el sistema del Derecho civil. La usucapión tiene su sede, dentro del Derecho de Cosas, en el capítulo dedicado al estudio de los modos de adquirir la propiedad. La prescripción debe asentarse en la Parte General dentro del capítulo dedicado a los límites o a las causas de extinción de los derechos subjetivos. Esta es actualmente la posición predominante en la doctrina.

La prescripción —objeto ahora de nuestra atención— sería según esto simplemente, como señalan AZZARITI y SCARPELLO (39) o TORRENTE (40) la “extinción de un derecho subjetivo por la inercia prolongada de su titular”.

A pesar de su casi total predominio en la doctrina, tampoco este modo de pensar resulta enteramente satisfactorio. No han faltado autores que, aún encuadrándose dentro de lo que habíamos llamado la teoría dualista, como HEDEMANN (41) y NAENDRUP (42) no pueden por menos de reconocer el estrecho parentesco y la raíz común que existe entre la usucapión y la prescripción. Una clara confesión de este parentesco y de esta raíz común lo constituye también, en aquellos Códigos civiles, como el alemán y el italiano de 1942, que han instalado a ambas figuras en partes separadas del sistema, la continua remisión que unas normas tienen que hacer a otras, v. gr.: en materia de interrupción, de suspensión, de cómputo de los plazos, de renuncia, etc. Todo ello parece indicar que existe efectivamente alguna base común o algún elemento de unidad, que es menester averiguar para dejar rigurosamente establecido el concepto de prescripción, que ahora perseguimos.

Las diferencias entre ambas figuras no son, además, tan agudas

(39) En el *Commentario del Codice civile*, de SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1961, págs. 641 y sigs.

(40) TORRENTE (Andrea), *Manuale di Diritto Privato*, 3.^a edic., Milano, 1958, páginas 105 y sigs.

(41) HEDEMANN, *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3.^a edic. Berlin, 1960, págs. 141 y sigs.

(42) NAENDRUP, *Die Verjährung als Rechtsscheinwirkung*, en Iherings Jahrb. vol. 75, 1925, pág. 237 y sigs.

como parece a primera vista. Consistían sustancialmente en una diversidad de efectos —adquisitivo y extintivo— y en una diversidad del campo de aplicación —el dominio y los iura in re aliena en un caso; todos los derechos de naturaleza patrimonial en el otro.

Pues bien, en primer lugar, puede ponerse en duda que exista en la prescripción un auténtico efecto de extinción de derechos, hablando rigurosamente (43). Como argumento de más fuerza puede citarse el caso del pago voluntario de la llamada deuda prescrita. Si la prescripción extingue, como se dice, el derecho de crédito, el pago de la deuda prescrita tendría que ser un pago de lo indebido, pues se trataría de cosa que no habría ya derecho a cobrar, en el sentido que a esta expresión da el artículo 1.895. Esta conclusión no ha sido nunca admitida y el pago de la deuda prescrita se ha considerado siempre como un pago justo y, por lo tanto, irrepetible. Para explicar esta consecuencia, anómala desde el punto de vista de la premisa de que se parte —extinción del derecho—, se ha acudido a la figura de la “naturalis obligatio”. Este hecho es ya por sí solo una paladina confesión de lo erróneo del punto de partida, pues, sin entrar ahora a examinar la exactitud o inexactitud de esta calificación de la deuda prescrita como obligación natural y admitiéndola con puros efectos dialécticos, siempre podría concluirse que la prescripción no determina la extinción de la relación obligatoria, sino únicamente una conversión de la “obligación civil” en “obligación natural” o, si se prefiere, una debilitación del vínculo obligatorio producida por una privación de los medios de defensa del derecho de crédito.

De la misma manera, la renuncia expresa o tácita a la prescripción y la simple falta de oposición por parte del deudor o del beneficiado con la prescripción, indican claramente que la relación obligatoria y el derecho de crédito no se han extinguido primero para renacer o resucitar después, sino que, en realidad, han continuado existiendo siempre.

Por último, conviene llamar la atención sobre la inexactitud en que se incurre, cuando se define la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio de los mismos. Aunque falte el ejercicio del derecho, es decir, aunque el titular incida en inactividad o en incertidumbre, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento. Es muy difícil encontrar una fórmula que englobe ambos requisitos. Algunos autores han propuesto la de “silencio de la relación jurídica”, es decir, silencio del acreedor o sujeto activo (falta de ejercicio) y también silencio del deudor o sujeto pasivo (falta de reconocimiento). No es este el momento de adentrarse más por este camino. Lo expuesto es suficiente para demostrar la in-

(43) Sobre este tema, REGELSBERGER, *Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchserjährlung*, en Iherings Jahrb., 41, pág. 238. También KLINGMÜLLER, *Über Klageverjährung und deren Wirkung*, Festgabe für Felix Dahn, Breslau, 1905, II, págs. 33 y sigs.

exactitud de las definiciones propuestas acerca de la extinción de derechos por falta de ejercicio.

Una argumentación semejante a la anterior puede hacerse en torno al llamado efecto adquisitivo de la usucapión: la restitución voluntaria de la cosa usucapida, el reconocimiento que el usucapiente puede hacer del derecho del dueño y la renuncia a la usucapión ganada demuestran, con toda claridad, que no hay un efecto adquisitivo inmediato, ni una doble transmisión de ida y vuelta —del dueño al usucapiente y del usucapiente al dueño— ni, en realidad, transmisión alguna.

Cabe además observar que adquisición y extinción son siempre fenómenos indisolublemente unidos o, acaso mejor, dos vertientes o dos perspectivas de un mismo fenómeno: la adquisición del dominio por una persona —*novus dominus*— va unida siempre a su extinción o perdida en otra —*vetus dominus*—; la extinción de un crédito significa siempre la adquisición por el deudor de su liberación, como señalaba CARNELUTTI (44) recordando un viejo texto de PAULO: “*Species adquirendi est liberare dominum obligatione*”.

Una crítica de la teoría dualista puede hacerse también en torno al campo de aplicación. Cabría sostener, como algunos autores franceses, que la usucapión tiene su ámbito de aplicación en el dominio y en los derechos reales, mientras la prescripción en sentido estricto lo tiene en los derechos de crédito (45). Esta configuración sería inexacta en nuestro Código civil, donde, según hemos visto, se considera la prescripción extintiva de las acciones reales como algo enteramente distinto de la usucapión. La configuración propuesta suscita además otra duda importante: la relativa a una posible usucapibilidad de los derechos de crédito, que preocupó ya a los posglosadores y a los canonistas, según enseña BUSSI (46), en relación sobre todo con rentas, pensiones o prestaciones análogas que una persona había venido percibiendo sin interrupción, es decir, que había “poseído” en este sentido. En materia de títulos valores el problema ha tenido que ser resuelto en un sentido afirmativo, si bien recurriendo para ello a la ficción de considerar al título como una cosa mueble (47).

Apurando el argumento todavía más cabe recordar que el problema de la usucapibilidad se puede plantear, y de hecho se plantea, en relación con los llamados “derechos incorporales”. Cabe pensar, por ejemplo, como posible una usucapión del derecho al nombre —nombre de familia, nombre nobiliario, nombre comercial—; en la usucapión de un estado civil, producida en virtud de una constante posesión del estado unida a una falta de utilización de los medios de impugnación del mis-

(44) En Riv. Dir. Proc. Civ., 1933 (*Appunti sulla prescrizione*, vol. X, 1, páginas 32 y sigs.).

(45) Vid. MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, II, París, 1962.

(46) BUSSI, *La formazione dei dogmi del Diritto Privato nel Diritto Comune*, Padova, 1937.

(47) Sobre el tema vid. ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, México, 1947.

mo por las personas que se encuentren legitimadas para ello; en la usucapión de bienes inmateriales, como son, v. gr.: las patentes de invención, las marcas comerciales, etc.

IV

Todo el itinerario que llevamos recorrido parece demostrar que el problema es cualquier cosa menos claro en su planteamiento y en su solución y que es aconsejable profundizar hasta la raíz con el fin de dejarlo definitivamente resuelto.

Un concepto preciso y rigurosamente científico de la prescripción no puede darse, sin haber antes decidido las siguientes cuestiones:

1.º Saber cuál es el *objeto de la prescripción*, es decir, dilucidar si afecta directamente al derecho subjetivo considerado como unidad o únicamente a las acciones concedidas para hacerlo valer y defenderlo.

2.º Determinar cuales son los *presupuestos de la prescripción*, es decir, los requisitos o condiciones necesarias para que pueda entrar en juego.

3.º Determinar cuales son los *efectos de la prescripción*, lo cual, a su vez, exige averiguar: primero, si la prescripción tiene que ser invocada por los interesados o puede, en cambio, ser acogida de oficio por el juez; segundo, si es o no automática, es decir, si sus efectos se producen o no de un modo inmediato; y finalmente, si puede hablarse y hasta qué punto, de un efecto extintivo y de un efecto adquisitivo.

4.º Determinar cuales son las verdaderas *relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapión*, aclarando si son dos especies de una institución única, dos instituciones radicalmente diversas que nada tienen que ver entre sí una con otra o dos instituciones estrechamente ligadas con una base común y, en este caso, averiguar cual es esta base común.

5.º Determinar, finalmente, cuales son las verdaderas *relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada caducidad*, con el fin de establecer, con la mayor claridad posible cual es la específica diferencia que separa a la primera de la segunda.

I

El primero de los temas que, según hemos dicho, es necesario resolver, para dar un concepto estricto de la prescripción, es el que trata acerca del objeto de la prescripción.

Al tratar de configurar la prescripción se discute extraordinariamente si lo afectado directa e inmediatamente por ella es el derecho subjetivo considerado como unidad o si es únicamente la acción para hacerlo valer. En el primer sentido ("prescripción de derechos"), la prescripción suele ser considerada como un modo de extinción de los

derechos subjetivos producido por una prolongada falta de ejercicio de los mismos, durante el período de tiempo señalado por la ley. Si se sigue, en cambio, la segunda dirección ("prescripción de acciones"), toda vez que la acción es únicamente el "ius persequendi in judicio", la prescripción, afectando únicamente a la acción, no tendría otro efecto que el de paralizar o impedir la defensa judicial o procesal del derecho subjetivo. Después de la prescripción el derecho subjetivo continaría subsistiendo, aunque falto de toda posibilidad de encontrar amparo ante los Tribunales.

Esta tesis de la "prescripción de acciones" conduce a una serie de consecuencias que no son enteramente satisfactorias. En primer lugar, conforme a la tesis mencionada, la prescripción se configura exclusivamente como una institución de carácter procesal. Su eficacia es puramente procesal. Es simplemente un medio de defensa, que las partes pueden utilizar dentro de un proceso, el carácter extemporáneo o envejecido de la pretensión del adversario. Esta consecuencia aparece perfectamente clara, por ejemplo, en el Derecho inglés donde los "statutes of limitation" son típicamente reglas de carácter procesal. En segundo lugar, como ya hemos apuntado, se entiende que la prescripción mata la acción, es decir, el "ius persequendi in judicio"; en cambio deja subsistente el derecho subjetivo dentro del mundo del derecho substantivo; mas acontece que un poder jurídico privado de protección y de defensa judicial es algo enteramente desnaturalizado. No es en rigor un verdadero derecho subjetivo. ¿Qué resta entonces? A juicio de los sostenedores de este modo de pensar, únicamente una "obligación natural". Si ahora se recuerda toda la confusa dificultad de la teoría de las obligaciones naturales, se comprenderá en seguida la aporía a que conduce la tesis de la "prescripción de acciones". Por otro lado, en la doctrina se ha puesto de manifiesto que la eficacia de la prescripción no es solamente procesal. Cabe también, como observaba SAHM (48), un ejercicio extrajudicial de la prescripción.

El abandono, más o menos expreso, de la tesis de la "prescripción de acciones" lleva a muchos autores a pensar que lo inmediatamente afectado por la prescripción es el derecho subjetivo considerado como unidad. Esta tesis, a la que nosotros hemos llamado, por contraposición con la anterior, de la "prescripción de derechos", considera que es el derecho subjetivo lo que extingue en virtud del continuado e ininterrumpido inejercicio. La tesis de la prescripción como modo de extinción de los derechos subjetivos se encuentra hoy generalizada entre los civilistas italianos, y, entre nosotros, es también la que parece predominar.

La tesis de la "prescripción de derechos", rigurosamente entendida, conduce, sin embargo, a unas consecuencias que tampoco son enteramente satisfactorias. Ante todo, habrá que observar que todo se hace

(48) SAHM, *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede*, en IheringsJahrb., 49, 1905, págs. 59 y sigs.

depender de un concepto —el de derecho subjetivo— que no diré que sea un concepto confuso, pero sí que no reina, en torno a él, la deseada unanimidad dentro de la doctrina. En segundo lugar, parece claro que con la prescripción no siempre queda extinguido el derecho subjetivo considerado como unidad, sino que en muchas ocasiones únicamente una parte de su contenido se ve afectada por ella. Habría entonces únicamente una “modificación” o una “limitación” del derecho subjetivo, pero no una verdadera extinción del derecho.

Acaso para salvar esta dificultad, WINDSCHEID (49), y con él el Código Civil alemán, han constituido, en torno precisamente a la figura de la prescripción, la idea de “Anspruch” y han configurado la prescripción precisamente como una “Anspruchentkraftung” y no como una extinción de derechos. Esta tesis, a la que se ha podido llamar, por contraposición a las dos anteriores, de la “prescripción de pretensiones”, distingue la “Anspruch” frente a la acción y frente al derecho subjetivo. “Anspruch” es —se dice— un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La “Anspruch” —que pertenece al mundo del derecho sustantivo— se distingue perfectamente de la “actio”, entendida como “ius persequendi in iudicio”, que se correspondería en la terminología alemana con la “Klage” o, acaso mejor, con el “Klage-recht”. Pero la “Anspruch” se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona. Derecho subjetivo es, por ejemplo, el derecho de dominio. “Ansprüche” son el poder de reivindicar, es decir, de exigir del poseedor la restitución de la cosa, el poder de defender la libertad del fundo exigiendo de otro una abstención de actos de uso o de disfrute, etc.

La palabra “Anspruch” ha sido en alguna ocasión traducida, entre nosotros, como “pretensión”, y se ha hablado así, como ya he dicho, de una “prescripción de pretensiones”. Esta versión no me parece adecuada. Como he sostenido en otro lugar, la idea de “pretensión”, al menos entre nosotros, no indica *un poder* jurídico para exigir una conducta de otro, sino el *acto* efectivo de ejercicio del derecho frente a otro.

A mi juicio las “Ansprüche” son “facultades jurídicas”. Llamo facultad a todo poder concreto que forma parte de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. En este sentido, además, es en el que la ley civil habla de “acción” —acción en sentido sustantivo— y en el que se refiere a la prescripción de “acciones”.

Cuando el Código Civil habla de acción pauliana, rescisión, de nulidad, etc., no se refiere a un “ius persequendi in iudicio”, sino a la facultad que una persona posee para dirigirse a otra y exigirle una conducta o imponerle un determinado resultado. Este es, a mi juicio, el verdadero sentido de la idea de “Anspruch”: el de facultad de exigir.

(49) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSA, vol. 1.^o, Torino 1902.

En nuestro Derecho se propende a considerar que es el derecho subjetivo el objeto inmediato de la prescripción y este modo de pensar tiene, no cabe duda, un fuerte apoyo en los artículos 1.930 y 1.932 del Código. El problema, a mi juicio, sólo puede resolverse partiendo de un determinado concepto de lo que el derecho subjetivo sea. Yo tomo aquí el que he recibido (50) y entiendo por derecho subjetivo una situación de poder concedida a la persona y compuesta por un conjunto de facultades que se agrupan unitariamente. Pues bien, partiendo de esta idea, a mí me parece muy claro que lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesariamente el derecho subjetivo considerado como unidad, sino solamente alguna de las facultades que lo componen. Sustituyo deliberadamente la idea de "acción", que es, como veíamos, confusamente procesal, por la de "facultad". Algun ejemplo puede poner en claro esta idea: si el propietario demora el ejercicio del poder que posee para defender la libertad del fundo frente a quien se está comportando como titular de un *ius in re alien* es claro que no se extingue por ello su entero derecho de dominio. Si un arrendador se retrasa en reclamar la merced arrendaticia, es claro que sólo perderá aquellas sumas determinadamente antiguas, pero no las más recientes, ni las sucesivas, ni mucho menos aún su entero derecho de crédito. Lo mismo cabe decir del acreedor respecto de los intereses del préstamo o de quien pierde la acción frente a uno de los deudores, conservándola frente a los demás. La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción sólo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce. Sin embargo, cuando la facultad que prescribe es la que podríamos llamar la facultad central o sustancial del derecho subjetivo, como es, por ejemplo, la de reivindicar respecto del derecho de dominio o la de reclamar la deuda respecto del derecho de crédito, la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho.

El viejo brocado "in facultatibus praescriptio non datur" se sustituye así radicalmente, pues es en las facultades donde se da, de modo directo, la prescripción.

La regla de que la prescripción se da en las facultades jurídicas reclama todavía alguna puntualización. Facultad es, según hemos dicho, cada posibilidad concreta de actuar que forma parte del contenido de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Dentro del concepto genérico de "facultad", es posible distinguir una pluralidad de especies.

Hay, en primer lugar, una serie de facultades que permiten a su titular dirigirse a otra persona reclamando de ella una acción o una

(50) CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 566 y sigs. También, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1955, págs. 110 y sigs.

omisión, a las que podríamos llamar provisionalmente "facultades de exigir". Junto a las facultades de exigir existen otras que permiten a su titular, mediante un acto de su voluntad, influir decisivamente en la configuración de una situación jurídica, constituyéndola, modificándola o extinguiéndola, a las que llamamos "facultades de modificación jurídica".

Fuera de estos dos grupos, que son los que ahora nos interesan especialmente, existen también otras facultades de muy diversa naturaleza como son, por ejemplo, las facultades puramente declarativas, las facultades directas, que permiten a su titular realizar él mismo determinados actos sobre las cosas, etc.

Pues bien, establecida la anterior tipificación, nosotros podemos afirmar ahora que prescriben las facultades de exigir, frente a las facultades de modificación jurídica, que son objeto de caducidad.

Como ya hemos indicado, una facultad de exigir permite a su titular dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión. Cuando es judicialmente ejercitada, por tanto, una facultad de exigir se traduce siempre en la solicitud de una condena a cargo del demandado y a favor del demandante. La "condena", en sentido civil, es siempre una conducta que el demandado debe realizar y que el demandante puede recibir. Por esto, adoptando una terminología procesalista se podría decir que el objeto de la prescripción lo constituyen las "acciones de condena".

Se comprende así que la facultad de exigir, tal como queda entendida, puede derivar lo mismo de un derecho absoluto o real que de un derecho relativo o personal. La restitución de la cosa poseída por el poseedor non dominus frente a la reclamación del propietario es una conducta debida exactamente igual que el pago de una deuda.

Queda, pues, claro que el objeto directo e inmediato de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas las que hemos llamado "facultades de exigir".

2

El segundo de los temas, cuyo examen es necesario para establecer un concepto de prescripción, es, como se recordará, el relativo a la determinación de los requisitos o presupuestos de la prescripción. Para la doctrina usual, según hemos visto, el presupuesto de la prescripción consiste en la falta de ejercicio de un derecho subjetivo prolongada durante un período de tiempo determinado por la ley. Esta fórmula, como en páginas anteriores hemos apuntado ya, no es enteramente exacta. Un derecho subjetivo no prescribe, cuando, aunque su titular haya dejado de ejercitarlo, ha sido reconocido por el deudor o sujeto pasivo. No basta la falta de ejercicio del titular. Es menester que a esta falta de ejercicio se una también una falta de reconocimiento, expreso o tácito, por parte del sujeto pasivo del derecho.

Para englobar ambos elementos, falta de ejercicio y falta de reconocimiento, en una sola fórmula, algunos autores han hablado, como decíamos, de un "silencio de la relación jurídica" (51) como presupuesto de la prescripción. Es menester, para que la prescripción se produzca que la relación jurídica esté como dormida, que no se den en ella síntomas de vida.

La idea del silencio de la relación jurídica, aún sin ser inexacta, a mí me parece demasiado vaga e imprecisa, por lo que convendrá puntualizarla de alguna manera. Decía antes que el objeto inmediato de la prescripción es una "facultad de exigir". Pues bien, si al acto de ejercicio de la facultad de exigir nosotros le llamamos "pretensión", creo que podemos sostener que el presupuesto de la prescripción es una pretensión tardía o, si se prefiere, el carácter tardío de una pretensión (52). Pero, ¿cuándo puede decirse de una pretensión que es tardía? El primer requisito para que pueda hablarse de "pretensión tardía" es claro que tiene que consistir en el transcurso de un determinado periodo de tiempo entre el momento en que la pretensión pudo y diligentemente tuvo que ser formulada y el momento en que lo es de hecho. El primer requisito de la pretensión tardía, es, pues, el retraso del ejercicio. El retraso es una condición necesaria, pero no suficiente de la prescripción. Hay, en este orden de ideas, un hecho tremendamente significativo, sobre el cual ya con anterioridad hemos llamado la atención. Un determinado crédito puede prescribir a los quince años, mientras que otro de la misma naturaleza puede en cambio no prescribir hasta los treinta, cuarenta y cinco, etc. de su exigibilidad. Basta para ello que en el intervalo se hayan producido actos de reclamación o actos de reconocimiento. Un *longum silentium* o, por lo menos, un *silentium* es también requisito para que una pretensión pueda calificarse de tardía. Este previo silencio es una falta de manifestaciones exteriores, de síntomas de la vida del derecho subjetivo. Es una falta de actos de afirmación de la existencia del derecho.

Mas con todo ello no hemos hecho sino bordear la periferia del problema, sin penetrar todavía en su raíz. Para hacerlo, habrá que preguntarse cuál es la razón por la cual esta falta de actos de afirmación de la existencia del derecho permite condenarlo a la prescripción. Este tema no puede ser ahora expliado con la necesaria extensión. De momento basta subrayar que esta razón no se encuentra en la omisión o en la negligencia del titular --si frente a un titular negligente un obligado leal realiza actos de reconocimiento, el derecho no prescribe. Tampoco puede encontrarse en el envejecimiento de la pretensión, en el olvido o en la pérdida de la memoria. Esta razón no justificaría las prescripciones rapidísimas, v. gr.: anuales o

(51) ALAS-RAMOS-DE BUEN, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, páginas 46 y sigs.

(52) Cfr. *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, págs. 218 y sigs.

triales, donde el ejercicio del derecho es tardío o extemporáneo, pero no puede hablarse de envejecimiento o de antigüedad.

A mi juicio la razón última de la prescripción radica en la espera a que razonablemente puede ser sometido el deudor o sujeto pasivo. Esta espera de la pretensión tiene que poseer una duración razonable dadas las circunstancias. La sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisible. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y la característica esencial de la pretensión tardía o extemporánea.

Lo que ocurre es que en la prescripción esta objetiva deslealtad o esta objetiva inadmisibilidad no se determina con arreglo a las circunstancias de cada caso, sino de conformidad con unos cánones pre establecidos (plazos fijos, causas predeterminadas de interrupción o de suspensión, etc.). El ordenamiento jurídico procede aquí de una manera muy peculiar, en aras probablemente de la seguridad jurídica. Es la misma idea que hace que la adquisición de una plena capacidad de obrar se ligue con el cumplimiento de una edad determinada, sin tener en cuenta para nada el desarrollo físico y mental o la aptitud natural de la persona. Esta medida de la objetiva deslealtad del retraso con arreglo a cánones predeterminados, que sirve para diferenciar a la prescripción de algunas figuras afines, constituye la más profunda esencia de la prescripción, cuyo presupuesto consiste, por tanto, en la formulación tardía de una pretensión, entendiéndose como tal aquella que, atendido el previo silencio y el tiempo transcurrido, la ley considera como objetivamente desleal.

3

Para establecer un concepto estricto de la prescripción es necesario también resolver el problema relativo al modo de su funcionamiento. Este problema suele ser planteado en la doctrina preguntando si la prescripción actúa *ipso jure* o si, en cambio, tiene que ser hecha valer en juicio por los interesados, es decir, si actúa “*ope exceptionis*” (53). Al plantear así el problema se confunden e implican, a mi juicio, cuestiones muy diversas, que conviene deslindar con toda claridad.

Cuando nos preguntamos cuál es el modo de funcionamiento de la prescripción el interrogante puede tener sentidos distintos, según que tratemos de averiguar si es preciso, para que la prescripción tenga lugar, que la invoque o la alegue expresamente un interesado (54) o

(53) Sobre el tema, especialmente COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. cast., México, 1949, pág. 513.

(54) Al decir “que la invoque o alegue expresamente *un interesado*” se reconoce que la legitimación para poner en juego la prescripción no corresponde sólo al sujeto pasivo del derecho en prescripción. El art. 1.937 es terminante

si puede en cambio el juez acogerla de oficio; todavía, en este orden de ideas, la pregunta puede ir dirigida a dilucidar si esa alegación o esa invocación de la prescripción por el interesado tiene que ser hecha en un juicio o puede realizarse extraprocesalmente, y, en el primer caso, si la invocación de la prescripción constituye o no una excepción en sentido técnico. En cambio, el interrogante sobre el modo de funcionamiento de la prescripción cobra una significación enteramente diversa cuando lo que tratamos de averiguar es si el efecto prescriptivo se produce o no automáticamente o "ipso iure", como suele decirse, o sea, si el efecto prescriptivo se produce desde el cumplimiento del plazo de prescripción o si se produce con la invocación o alegación y, en este último caso, si ese efecto, ha de retrotraerse al cumplimiento del plazo.

Todavía en el mismo orden de ideas —modo de funcionamiento de la prescripción— cabe cuestionar si su efecto es rigurosamente extintivo de la facultad o del derecho prescrito o si en cambio se limita a atribuir al interesado únicamente la posibilidad de enervar, repeler o detener la inadmisibilidad de la pretensión tardía.

a) La primera de las cuestiones planteadas, a saber, si es preciso para que la prescripción tenga lugar que la invoque o la alegue expresamente un interesado o si puede en cambio el juez acogerla de oficio, se encuentra claramente resuelta en las fuentes romanas, según hemos visto, y en la doctrina del Derecho intermedio la cuestión parece que continuó siendo pacífica. Cito la opinión de CUIACIO (55):

en el sentido de que la prescripción puede ser hecha valer por "los acreedores y cualquier otra persona interesada". En la doctrina se ha considerado esta posibilidad como una forma de legitimación extraordinaria y se ha tratado de entroncar la figura que aquí aparece con la acción subrogatoria y con la acción pauliana, lo que, en principio sería correcto si en el precepto citado se hablara sólo de los "acreedores" y no también de "otros interesados", que no tienen porque ser acreedores. A mi juicio el artículo 1.937 hay que interpretarlo del siguiente modo. El art. 1.937 quiere decir, en primer lugar, que la prescripción puede ser invocada por cualquier interesado. Esta invocación, sin embargo, no se hace en nombre o en sustitución del que normalmente sería el directamente beneficiado con ella —es decir, el sujeto pasivo del derecho en prescripción—, ni para que surta sus efectos en el patrimonio de éste. La invocación de la prescripción por un tercer interesado no puede hacerse más que con el fin de resolver los conflictos que existan entre este tercer interesado, que le invoca, y el titular del derecho prescrito. Parece que se sigue de ello una relatividad, o, si se prefiere, una eficacia relativa de la prescripción; es decir, un derecho puede valer como prescrito para unas determinadas personas —los acreedores, los interesados, etc.— y como no prescrito para otras —el deudor renunciante—, sobre todo en cuanto a las consecuencias que unos y otros pueden derivar de este derecho.

La invocación de la prescripción por cualquier interesado, por otra parte, no significa, a mi juicio, un ensanchamiento del círculo de personas legitimadas, para ejercitarse una única facultad de prescripción cuyo titular, en rigor, es el sujeto pasivo del derecho prescrito, sino la atribución a cada interesado de una específica y concreta "facultad de prescripción". No hay, pues, una única facultad con múltiples legitimados, sino múltiples facultades.

(55) Vid. CUIACIO, *Opera Omnia*, Prati, 1838, Coment. ad. Dig. 44, 3 (de div. tempor. praeser.).

“Praescriptio nihil aliud est quam exceptio”. Y la de VOET (56): “In specie tamen praescriptionis appellatione veniunt temporales praescriptiones seu exceptiones quae actori objiciuntur ut ab agendo excludatur, eo quod non egit intra tempus a lege praefinitum” (57). Más recientemente BIGOT (58) caracterizará rotundamente a la prescripción como un “fin de non recevoir”. El artículo 2.223 del Código Civil francés, que es también el artículo 2.109 del italiano de 1865 y el 1.943 de nuestro Proyecto de 1851, al decir literalmente que “si los interesados en defenderse por la prescripción dejan de oponerla, no puede el juez suplirla de oficio”, permitirá sostener a AUBRY-RAU (59) que la prescripción es fundamentalmente una excepción mediante la cual se puede repeler una acción por el hecho de que el que la propone haya dejado de ejercitárla durante un determinado período de tiempo. En el mismo sentido habla FERRARA (60) de una “excepción de prescripción”. Y el parágrafo 222 del Código Civil alemán —“Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt die Leistung zu verweigern”— permite a RIEZLER decir en el Kommentar de STAUDINGER que prescripción es sustancialmente la “imposibilidad jurídicamente reconocida de actuar una pretensión contra la voluntad del sujeto pasivo” (61) y a la doctrina alemana, en general, caracterizar a la prescripción como un “Leistungsverweigerungsrecht” (62).

Nuestro Código Civil, en cambio, no ha resuelto el problema de un modo directo. Antes bien, parece haberlo eludido intencionadamente. Parece, desde este punto de vista, extraordinariamente significativo y sintomático que no haya recogido el artículo 1.943 el Proyecto de 1851. Más aún, cuando el artículo 1.961 dice que “las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley”, la frase “por el mero lapso de tiempo” no puede por menos de suscitar alguna perplejidad. ¿Quiere todo ello decir que se ha producido un cambio de criterio y de orientación de nuestro Código Civil? Esta conclusión no me parece absolutamente necesaria. Para resolver el problema es menester interpretar los preceptos del Código de una manera sistemática. Y en este sentido vale la pena recordar que en nuestro Derecho el hacer valer la prescripción se deja al arbitrio del de-

(56) VOET (Juan), *Commentarius ad Pandectas*, cit.

(57) También, PARLADORIO, *Rerum Quotidianarum*, lugar cit.; y BARBOSA, *Commentarii ad rubricam et legem Codicis de praescriptionibus 30 vel 40 annorum*, Lisboa, 1627, “Index non potest supplere exceptionem praescriptionis nisi a parte opponatur” (núm. 205, pág. 177).

(58) BIGOT, *Exposé de Motif*, lugar cit.

(59) AUBRY-RAU, *Cours de Droit Civil*, II, págs. 475 y sigs.

(60) FERRARA, Luigi, *Diritto Privato attuale*, 2.^a edic., Torino, 1948, páginas 798 y sigs.

(61) RIEZLER en STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, volumen 1., Múnich, 1908.

(62) NAENDRUP, en op. y loc. cit., pág. 237 y sigs.; cfr. también LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1960, pág. 338 y sigs.; SIEBERT, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart, 1959, págs. 680 y sigs.

mandado (art. 1.464 L. E. C.), que el favorecido con la prescripción pueda renunciar a ella expresa o tácitamente (art. 1.935), que puede también reconocer el derecho caído en prescripción y de este modo revigorizarlo y que puede finalmente restituir la cosa, cumplir la prestación o pagar la deuda.

Piénsese, además, que, sin perjuicio del interés general, a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el interés del sujeto pasivo. Se considera injusto y por ello inadmisible que una persona quede expuesta a pretensiones tardías. Pues bien, si el interés directamente tutelado es este, es claro que su ejercicio tiene que corresponder únicamente a los interesados. De ello se deduce, a mi juicio, que la prescripción no puede ser nunca puesta en marcha de oficio, sino que su aplicación tiene que ser provocada por quien tenga interés en ella.

Un problema distinto es el relativo a si la prescripción constituye o no una excepción en el sentido técnico de la palabra, es decir, un medio de defensa del demandado frente a la acción del demandante, problema que parece en cambio que ha de ser resuelto en sentido negativo. La prescripción ha de ser ciertamente invocada o alegada por el favorecido, pero esta invocación o esta alegación es independiente de la posición que en el proceso ocupe el interesado. Cabe pensar así: *primero*, que el favorecido con la prescripción inicie él mismo una acción para que se declare la situación jurídica que la prescripción ha creado en su favor; *segundo*, que el favorecido con la prescripción oponga o excepcione frente a la demanda del titular del derecho prescrito; y *tercero*, que la prescripción se haga valer por vía de réplica frente a una contestación o frente a una reconvención del demandado: si frente a la demanda de un crédito el demandado opone la compensación, el actor puede sin duda replicar la prescripción del crédito que el demandado pretende compensar. La prescripción es pues una "objeción" —es decir, lo que los alemanes llaman una "Einwand"— en el más amplio sentido de la palabra.

En suma, la prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez. Tiene que ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella. Esta invocación o esta alegación, dentro de un proceso, de la prescripción, es independiente de la posición procesal que el favorecido ocupe, de donde se deduce que la prescripción no constituye necesariamente una "excepción" en sentido técnico, aunque este sea el cauce normal para hacerla valer.

Una cuestión diversa de las anteriores, aunque implicada en el planteamiento, es la que hace referencia a si la invocación o la alegación de la prescripción tiene que hacerse necesariamente en juicio o si, por el contrario, cabe un ejercicio extrajudicial de la prescripción. La doctrina tradicional que configuraba la prescripción como una excepción la asignaba claramente naturaleza procesal. Sólo dentro de un proceso puede hacerse valer la prescripción, cuyo efecto es también

exclusivamente procesal: servir de fundamento a la desestimación de la acción prescrita.

La doctrina moderna, a mi juicio con mucho más acierto, ha subrayado vigorosamente que es posible un ejercicio extrajudicial de la prescripción (63). El favorecido con la prescripción puede ejercitarse este medio de defensa de su interés, que la ley le concede, mediante la simple emisión de una declaración unilateral de voluntad. Este ejercicio extrajudicial de la prescripción comporta, en primer lugar, la posibilidad de rehusar justamente la prestación o la conducta debida. Comporta, además, la posibilidad de que el beneficiario con la prescripción instaure la situación jurídica que crea la desaparición del derecho prescrito y obtenga de ello todas sus consecuencias. El propietario, dice COVIELLO (64), una vez prescrito el *ius in re*, puede enajenar el fondo como libre del gravamen. El deudor, cuando la deuda ha prescrito, puede cancelar las garantías, etc.

Esta posibilidad de ejercicio extrajudicial de la prescripción indica, a mi juicio con toda claridad, que la prescripción, desde el punto de vista del derecho sustantivo, constituye una facultad que la ley confiere a determinadas personas cuyo interés trata de proteger. Cabe, de esta manera, hablar de una facultad de invocar la prescripción o, más abreviadamente, de una "facultad de prescripción".

b) Un problema mucho más difícil es el que consiste en averiguar si el efecto prescriptivo se produce o no automáticamente o *ipso iure*, como suele decirse. La primera solución —automatismo del efecto prescriptivo— significa que éste se produce con independencia de la voluntad privada, por obra de la ley, en el momento mismo en que termina el plazo de prescripción. La segunda solución significa que el efecto prescriptivo nace y se produce "ex voluntate" y, por lo tanto, no en el momento de cumplirse el plazo, sino en el momento en que la prescripción es invocada o alegada. La primera solución tropieza con la dificultad de conciliar la idea del automatismo con la necesidad de invocación o de alegación. La segunda, por su parte, encuentra el inconveniente de referir el efecto prescriptivo producido "ex voluntate" a un momento anterior, como es aquél en que el plazo quedó cumplido, lo que obliga a acudir al expediente de la retroactividad.

El problema presenta, como antes decía, una gran dificultad. Nuestro Código Civil, además, no arroja en este punto una luz completa. Es cierto que el artículo 1.961 dice literalmente que "las acciones

(63) SAUER, *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede*, cit., págs. 59 y sigs., pone de relieve cómo en la doctrina del derecho común y también en la literatura creada alrededor del B. G. B. es punto de vista dominante que la excepción de prescripción únicamente puede ser hecha valer en un proceso eficazmente. El autor no discute la exactitud de este punto de vista en el derecho común, pero lo debate en el derecho moderno, llegando a la conclusión de que la prescripción es una "Einrede" en sentido jurídico-material, por lo que cabe perfectamente un ejercicio extrajudicial, por ejemplo, mediante simple declaración unilateral de voluntad, rehusando la prestación, etc.

(64) Obra cit., págs. 513 y sigs.

prescriben *por mero lapso* del tiempo fijado por la ley" y que esta frase —*por el mero lapso* del tiempo— suscita como más arriba se indicó alguna perplejidad y parece altidir a una prescripción automática. No creo, sin embargo, que sea ésta la interpretación correcta del artículo 1.961. Cuando el artículo 1.961 dice que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley, lo que quiere decir, en realidad, es que lo que nuestro Código llama "prescripción de acciones" no necesita ninguno de los requisitos que antes ha exigido para la llamada prescripción adquisitiva, es decir, ni la posesión, ni la buena fe, ni el justo título. Que la interpretación del texto del artículo 1.961 es ésta, se desprende con entera claridad, de los precedentes del Código y de las afirmaciones de los primeros comentaristas. "A diferencia de lo que ocurre en la prescripción adquisitiva —dice MANRESA—, en la presente no es necesaria la concurrencia de título, de buena fe, de posesión, ni de ningún otro requisito, pues basta, para que surta sus efectos, el mero lapso del tiempo fijado por la ley" (65).

Pues bien, si la interpretación correcta del artículo 1.961 es esta, es cierto que el Código no nos suministra luz sobre el problema del automatismo de la prescripción. El punto de partida de la investigación hay que llevarlo a un lugar distinto, que no puede ser otro que esa necesidad de invocar o de alegar, esa necesidad de ejercitarse la facultad de prescripción, a que antes altidímos. ¿Cómo se concilia con el necesario ejercicio de la facultad de prescripción el pretendido efecto automático? ¿Cómo puede decirse que un efecto automáticamente producido necesita un acto de voluntad particular? Una dificultad semejante sólo puede ser salvada distinguiendo entre la producción del efecto jurídico —automática, sine voluntate— y la puesta en vigor o la actuación de ese efecto ya producido —ex voluntate—. La distinción parece sin embargo demasiado sutil. No se ve cómo o por qué ha de ser necesaria la "actuación" de un efecto jurídico que ya se ha producido. En el mismo sentido, si se omite esa "actuación", es decir, si se omite ejercitarse o oponer la prescripción, entonces, conforme a la tesis que examinamos, tendría que desaparecer un efecto jurídico ya producido, pero que no ha tenido nunca ninguna virtualidad.

La conclusión que de ello se obtiene, es la inexactitud del punto de vista de que se parte. El cumplimiento del plazo de prescripción, automáticamente, no produce otro efecto jurídico que el de atribuir al interesado una facultad, que es la "facultad de prescripción". Los demás efectos jurídicos derivan del acto de ejercicio de la facultad de prescripción.

Un problema distinto es el relativo a si las consecuencias del ejercicio de la facultad se retrotraen o no al momento del cumplimiento del plazo, es decir, si la eficacia prescriptiva es "ex nunc" o es "ex tunc", que, a mi juicio, debe resolverse en el sentido de admitir la

(65) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XII, Madrid, 1921, págs. 901 y siguientes.

retroacción del efecto prescriptivo, producido en el momento de la invocación, al momento anterior del cumplimiento del plazo.

4

Todas estas conclusiones nos permiten cubrir la cuarta etapa, que era, como se recordará, dilucidar las relaciones existentes entre la llamada usucapión y la llamada prescripción extintiva. Creo que el análisis de este problema ganará claridad si lo partimos en dos según que su objeto sea el dominio o los demás derechos reales.

¿Cómo se compaginan respecto del derecho de dominio, la usucapión y la prescripción extintiva? Parece claro que, producida la usucapión en favor de una persona, el usucapiente, "novus dominus", éste hecho entraña, al mismo tiempo, contemporáneamente, una pérdida del dominio del "vetus dominus". Una usucapión tiene lógicamente que coincidir con una pérdida del dominio. Usucapión y pérdida del dominio son, por decirlo así, como el haz y el envés de un mismo fenómeno jurídico.

La cuestión radicará entonces en determinar si esta pérdida del dominio del "vetus dominus", que se produce siempre en toda usucapión, constituye una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria o si es un hecho jurídico de naturaleza diferente. Creo que para nuestro Código Civil, efectivamente, la pérdida del dominio del *vetus dominus*, que se produce en toda usucapión, en un caso de prescripción extintiva de la acción real. Esto queda claro con la lectura de los artículos 1.962 y 1.963. Las acciones reales prescriben a los seis años —sobre muebles— y a los treinta años —sobre inmuebles— "salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio". Y así es también en realidad: el derecho del *vetus dominus* se extingue por prescripción. Puede, por tanto, afirmarse que *toda usucapión del dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria*.

¿Es cierta también la proposición contraria? ¿Cabe una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria que no coincide con una usucapión? Frente a este problema los ordenamientos jurídicos y las direcciones doctrinales han seguido dos orientaciones. La primera consiste en considerar que no prescribe la acción reivindicatoria en tanto que no se haya producido una *possessio ad usucapióneum* que perturbe el derecho de dominio. No importa la duración del silencio o de la inacción del titular. La inercia que determina la prescripción no es el simple inejercicio, sino, como dicen los italianos, la "mancata defesa" del derecho violado. La respuesta a nuestro interrogante nos llevaría otra vez a la coincidencia del fenómeno de usucapión-prescripción aunque no por la inacción del titular, sino por la acción del poseedor. Este es criterio general en la doctrina italiana (66).

(66) Valgan por todas las opiniones de ASCOLI, *Prescrizione estintiva e reivindicatio*, Studi SCIALOJA, I, pág. 473; AZZARITTI-SCARTELLO, op. y loc. cit., página 548.

Un criterio distinto es el que parece seguir nuestro Código Civil. La acción reivindicatoria puede extinguirse por la mera inacción del titular del dominio (art. 1.963), aunque no se den los requisitos necesarios para proteger a un poseedor, aunque, en rigor, no haya usucapión. Pensemos que desde la pérdida de la posesión por el propietario han transcurrido los treinta años necesarios para que se extinga la acción reivindicatoria, pero que durante ese tiempo se han sucedido varias posesiones, sin nexo causal alguno entre sí, de tal manera que el poseedor actual, por sí solo, no ha usucapido. Nos hallaríamos entonces frente a esta extraña hipótesis. Como no ha usucapido no es un propietario, sino un simple poseedor. Como la acción reivindicatoria del dominus ha prescrito, esta prescripción tiene que determinar, por lo menos, una situación de irreivindicabilidad. Pero una posesión irreivindicable es, en realidad, un derecho de dominio.

Llegamos con ello a un dilema, cuya solución sólo puede encontrarse haciendo indisolubles e inseparables la prescripción adquisitiva y la extintiva. Esta es además la solución consagrada por la historia, donde la "exceptio triginta annorum", que aplicada al dominio no era más que una prescripción extintiva de la reivindicación, es lo que fue convertido en la "extraordinaria usucapio" por los intérpretes. En rigor, los términos habría que invertirlos: hay una prescripción normal de la acción reivindicatoria, la de treinta años, y otra más corta, privilegiada, en favor de los adquirentes de buena fe.

El problema de las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva presenta un carácter muy semejante en el terreno de los derechos reales *in re aliena*. La adquisición por usucapión de un derecho real *in re aliena* entraña, necesariamente, una pérdida de las facultades que el dueño de la cosa tiene para defender la libertad del fundo. Si a este conjunto de facultades de defensa de la libertad del fundo nosotros lo llamamos, en un sentido muy amplio, "acción negatoria", tendremos que convenir en que la usucapión del derecho real coincide siempre con la extinción de la acción negatoria. Una prescripción adquisitiva —la usucapión del derecho real— coincide con una prescripción extintiva —la de la acción negatoria—.

El problema puede, todavía, ser contemplado desde un ángulo diferente. Si el titular de un derecho real pierde como consecuencia de la prescripción extintiva las acciones dirigidas a hacer valer este derecho real (v. gr.: la acción confesoria, la acción hipotecaria, etc.) ésto significa que el dueño de la cosa puede en cambio hacer valer la libertad del fundo. La prescripción extintiva de la acción confesoria coincide de esta manera con la "usucapio libertatis".

En materia de dominio y de derechos reales usucapión y prescripción son siempre dos vertientes o dos perspectivas del mismo fenómeno jurídico, tan indisolublemente unidas que no pueden, en rigor, separarse nunca.

Todo ello vuelve a demostrar algo que con anterioridad había quedado ya apuntado: que el efecto adquisitivo y el efecto extintivo no

pertenecen a la sustancia de la prescripción, que, en síntesis, se reduce a la facultad de repeler la pretensión tardíamente formulada. El ejercicio de esta facultad determina la inadmisibilidad de aquella pretensión, pero, por sí mismo, nada más. La inadmisibilidad de la pretensión prescrita puede ir unida a una virtual pérdida del derecho amparado por dicha pretensión o a una reducción de dicho derecho. Si el acreedor deja de reclamar los intereses o algunas de las prestaciones que periódicamente se le deben, ésto no significa que deje de ser acreedor. Si el propietario no se opone de ejercicio del *ius in re aliena*, esto puede significar que quedará privado de la acción negatoria, pero no de su entero derecho de dominio.

De la misma manera el llamado efecto adquisitivo de la usucapión no es más que un reflejo indirecto de la inadmisibilidad de la pretensión del "vetus dominus". La posesión del usucapiente se torna irreivindicable y se convierte en dominio. Pero no puede decirse que la usucapión haya sido el acto de adquisición. El usucapiente adquirió la cosa con el acto o con el negocio que le permitió comenzar a poseer. El paso del tiempo produce, en la realidad, una conversión de la posesión en dominio o, si se quiere, una consolidación de la situación jurídica del adquirente.

Todo ello parece conducir, como digo, a la idea de que la prescripción está presidida por una "ratio" común: que una pretensión tardía es inadmisible; que el sujeto pasivo posee una facultad para repelerla y enervarla; que debe ser desestimada.

Por lo demás, las diferencias institucionales entre usucapión y prescripción en sentido estricto, que existen efectivamente, obedecen a la diversidad del supuesto de hecho en que el fenómeno incide y a la diversidad de la estructura de la situación jurídica existente entre los interesados.

Los derechos de crédito presuponen una relación jurídica, la relación obligatoria, entre el favorecido y el perjudicado por la prescripción. El acreedor, a quien la prescripción afecta, y el deudor, que se beneficia con ella, se encuentran ligados por una previa relación jurídica, que condiciona en cierta manera el recíproco ejercicio de derechos y el recíproco cumplimiento de obligaciones.

En el dominio y en los derechos reales esta previa relación jurídica entre el beneficiado y el perjudicado con la prescripción no existe. La situación jurídica de ambos respecto de la cosa tiene un origen y una procedencia distinta. El usucapiente deriva su adquisición de un acto o negocio en el cual el dominus no ha sido por hipótesis parte. Si el traspaso posesorio se hubiera fundado en un negocio de ambos, pero ineficaz para transmitir la propiedad, la relación jurídica así formada no se regiría hoy por las reglas de la usucapión, sino por las reglas que gobernan la prescripción extintiva o la caducidad de las acciones dinamadas de esa relación o de ese negocio.

Esto explica fundamentalmente que en el primer caso lo que se protege es la razonable confianza del sujeto pasivo de la relación en que

el derecho, cuya existencia conoce siempre o debe conocer, no será ya ejercitado, con toda la secuela de abandono de pruebas y de medios de defensa, que esta confianza lleva consigo, de tal manera que todo el centro de gravedad se coloca en la conducta omisiva del acreedor o del titular del derecho. En la usucapión, en cambio, el usucapiente favorecido no conoce o, al menos, no tiene por qué conocer el derecho de su adversario. Antes bien, en la usucapión ordinaria el usucapiente vive precisamente con la convicción de que él es el verdadero titular y que no hay otro derecho que el suyo. El centro de gravedad de la institución no se coloca tanto en la conducta omisiva del titular del derecho como en la continuada posesión del usucapiente; lo que se protege no es tanto la confianza en el futuro inejercicio de un derecho conocido, como la seguridad del tráfico jurídico: que la persona no se vea de repente sometida a pretensiones inesperadas de terceros; que la publicidad que otorga una continuada posesión pueda ser considerada por todos como dominio (67). Dicho con otras palabras: la usucapión es un caso particular de aplicación de la prescripción y consiste en ser un medio de protección del titular aparente en general y en particular de los adquirentes "a non dominio". Empleo aquí la idea de la adquisición a non dominio en un sentido muy amplio, englobando no sólo las que estrictamente con este nombre conoce la doctrina —negocios traslativos celebrados con un falso dueño—, sino también las adquisiciones originarias irregulares (ocupación de res non derelicta, hurto, apropiación, etcétera). La usucapión es sólo un medio de protección del adquirente frente al "vetus dominus", por que el poseedor está ya protegido frente a los terceros por los interdictos y frente a su causante o transmítente por las excepciones derivadas del negocio entre ellos celebrado.

5

Situada ya la prescripción dentro de la rúbrica del ejercicio tardío de los derechos y facultades es necesario establecer la diferencia específica que la separa de las demás formas que este ejercicio tardío puede revestir y, en particular, de la caducidad. La prescripción y la caducidad presentan una extraordinaria similitud hasta el punto de que durante mucho tiempo han permanecido confundidas y aún hoy no puede decirse que la distinción sea clara. Nuestro Código Civil no ha regulado de una manera unitaria más que una figura: la prescripción extintiva. La expresión "caducidad" es empleada por el Código sólo ocasionalmente y sin un significado técnico preciso (p. ej.: caducidad de una concesión de aguas, art. 411, de un testamento, arts. 719 y 730, de un legado, art. 871).

(67) Como ha puesto de manifiesto NAENDRUP, en el lugar cit., la usucapión es un efecto de la apariencia jurídica (es un "Rechtsscheinwirkung"): la conversión de la apariencia en realidad, lo que explica que la usucapión juegue su papel no sólo como medio de defensa, sino también como título de legitimación.

En la doctrina se conoce con el nombre técnico de caducidad (*Befristung*) un determinado modo de extinguirse las facultades jurídicas, por su falta de ejercicio durante un lapso de tiempo determinado, al cual no son aplicables algunas de las reglas sobre prescripción, singularmente porque la caducidad no es susceptible de interrupción y puede de ser acogida de oficio.

Existen determinados derechos y determinadas facultades, que, por su naturaleza, pueden ser indefinidos, de tal manera que aunque la falta de ejercicio pueda provocar su extinción, nada impide, ni nada se opone a que su duración se prolongue sin limitación. Un derecho de crédito prescribe con el transcurso de quince años, pero nada impide que la voluntad del acreedor o la del deudor, mediante sucesivos requerimientos o reconocimientos mantenga indefinidamente vivo el derecho y lo prolongue sin límite alguno.

Hay, en cambio, otros derechos y otras facultades que necesitan un ejercicio pronto o perentorio, dentro del plazo marcado, de tal manera que pasado el plazo el derecho o la acción se han extinguido (*tempore finiuntur*). Son aquellas facultades de cuyo ejercicio depende la modificación o la configuración de una situación jurídica, es decir, lo que los alemanes han llamado "*Gestaltungsrechte*". Pendiente el ejercicio, la situación jurídica a la que afecta se encuentra, por decirlo así, en una fase provisional o transitoria, que exige un rápido tránsito a la situación definitiva, por lo que no cabe, en ningún caso, prolongar la vida del derecho. Si el acreedor afirma su derecho, la prescripción queda interrumpida y el derecho de crédito se prolonga, pero por mucho que una persona afirme la acción de nulidad de que dispone o el derecho de retracto que posee no por esto la acción ni el derecho se prolongan.

La razón de esta diversidad estriba en la diferente estructura de la facultad caducable frente a la facultad prescriptible. Caducan las facultades de modificación jurídica, es decir, lo que los procesalistas llaman acciones constitutivas. Prescriben las facultades dirigidas a obtener de otro una acción o una omisión, es decir, lo que un procesalista llamaría una acción de condena.

La diversidad se explica también desde el punto de vista del interés jurídicamente protegido. En la prescripción se protege, sobre todo —lo he dicho ya—, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antigüas, de las cuales se ha perdido la memoria, porque el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercitados. En la caducidad se protege el interés general en una pronta certidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.

Las dos formas más notables del ejercicio tardío de un derecho serían, de esta manera, el ejercicio extemporáneo (caducidad) y el ejercicio intempestivo (prescripción).

V

Con todo ello la prescripción queda, a mi juicio, perfectamente deslindada dentro del sistema:

a) Desde el punto de vista estructural la prescripción es un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo tiene que ser ejercitado dentro de un período de tiempo razonable, porque es an-tisocial y contrario al fin o función para que ha sido concedido el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

b) Desde el punto de vista funcional es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo. La idea de que la prescripción constituye una facultad del sujeto pasivo me parece importante en cuanto que permite construir en nuestro Derecho una figura de gran transcendencia que ha elaborado la técnica alemana, como es el abuso de la prescripción. Es inadmisible oponer la prescripción cuando el que la invoca, según el sentido objetivo de su conducta y de acuerdo con la buena fe, ha suscitado en su adversario la confianza de que la prescripción no sería invocada, de tal manera que precisamente con fundamento en esta confianza ha dejado transcurrir los plazos sin ejercitarse la acción o sin realizar cualquier otro acto de interrupción. No es menester para que exista abuso que la conducta haya sido dolosamente dirigida a provocar la inactividad del titular y con ello la prescripción de su derecho. Basta que haya sido objetivamente idónea para producir de buena fe esta confianza.

Expropiación urbanística

Algunos problemas de los que plantean la Ley 52/1962 de 21 de julio
y el Decreto 343/1963 de 21 de febrero

JOAQUIN REGUERA SEVILLA

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad. Notario

SUMARIO: I. Valoraciones, precios e indemnizaciones. A. Valoraciones, *a*) Conforme a Índices municipales. *b*) Por acuerdo tomado en Consejo de Ministros. *c*) Por el trámite común señalado en la Ley de Expropiación forzosa. B. Dualidad de valoraciones. *a*) Valoración tecnológica, como modalidad diferente a criterios anteriores. 1) Valor en venta. 2) Precio subjetivo. 3) Capitalización automática del líquido imponible. 4) Módulo objetivo. *a'*) Valor inicial. *b')* Valor urbanístico. *c')* Valor expectante. *b*) Valoración estimatoria, por dificultad de establecer módulos objetivos. *a')* Valor comercial. *b')* Valor superficiario. *c')* Otras valoraciones. C. Actualización de valoraciones. D. Indemnizaciones. E. Organos que intervienen en los Índices de valoración.—II. Procedimiento expropiatorio dual.—III. Recursos. A. Clases. B. Acción pública. *a*) Su aparente derogación. *b*) Necesidad de su vigencia para dar cumplimiento al espíritu de la Ley de lo Contencioso-administrativo.—IV. Fomento urbanístico e intervencionismo por subsidiariedad. A. ¿Autonomía de la voluntad o socialización? B. Principio de fomento. C. Intervencionismo subsidiario. D. Liberación expropiatoria. 1) Decreto de 26 de noviembre de 1959. 2) Más supuestos de suspensión del sistema expropiatorio.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

L.S. Ley del suelo o Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, de 12 de mayo de 1956.

LEU. Ley de expropiación urbanística o Ley 52/1962, de 21 de julio, sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo. "Boletín Oficial" de 23 de julio de 1962.

(*) El contenido de este trabajo fue expuesto ante el Seminario del Anuario de Derecho Civil, que dirige don Federico de Castro y Bravo.

La materia —por su actualidad— se prestó a vivas discusiones, mantenidas con la elegancia académica y la profundidad de observaciones a que nos tienen acostumbrados los distinguidos asistentes a estas reuniones.

Algunas de las aportaciones valiosas —surgidas del seno de la discusión— se ha recogido en estas notas.

Mi profundo agradecimiento a los miembros del Seminario que soportaron pacientemente los cuatro miércoles que tardé en exponerles el tema de expropiación urbanística.

DEU. Decreto de expropiación urbanística o Decreto 343/1963, de 21 de febrero, por el que se desarrollan los artículos primero, segundo y tercero de la Ley sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación, en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo. "Boletín Oficial" de 2 de marzo de 1936.

MOTIVACIÓN DE LAS NORMAS QUE VAMOS A COMENTAR

La Ley de 21 de julio de 1962, sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo, así como el Decreto de 21 de febrero de 1963, que la desarrolla, son normas concebidas con el propósito de actualizar la expropiación, de acuerdo con las exigencias sociales del urbanismo y la vivienda, y objetivar las valoraciones del suelo para la fijación del precio justo (1).

Ésta es la clara manifestación de voluntad de las normas que comentamos. En cuanto al resultado, habremos de esperar a los efectos que se produzcan a la luz de los casos prácticos que surjan.

Decía el señor Trias Bertrán, en el discurso en las Cortes en defensa del dictamen de la Comisión, que la pretensión de la nueva Ley estaba encaminada a hacer prevalecer "los criterios objetivos de valoración del suelo que señaló en su día la Ley de 12 de mayo de 1956, y que exista la mayor seguridad e igualdad jurídica entre todos los titulares de terrenos que puedan estar afectados por los planes de urbanismo o de vivienda".

Y el ministro de la Vivienda, señor Martínez Sánchez-Arjona, en defensa de la Ley, alegaba —entre otros argumentos— la justificación de dicha norma por exigencias de "ordenación del mercado del suelo" en presencia de los planes de urbanismo y nacional de la vivienda, "empresa de titanes que en dieciséis años ha de movilizar más de quinientos mil millones de pesetas, erigir casi cuatro millones de viviendas y ocupar, tan sólo en un primer cuatrienio, más de cinco mil quinientas hectáreas".

Siendo así las cosas, un auténtico estado de necesidad es el que ha promovido la Ley y el Decreto que configuran el nuevo sistema de expropiación urbanística y que sometemos a un personal análisis jurídico.

I. VALORACIONES, PRECIOS E INDEMNIZACIONES EN LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA

A. Valoraciones.

a) Conforme a índices municipales.

Se declara obligatoria la formación de los índices municipales del suelo (art. 2.º LEU y 101 de LS). Índices que no podrán ser redactados sin que exista previamente aprobado el Plan de ordenación urbana correspondiente (art. 2.º, 2 de LEU).

(1) Buscar en lo factible objetivar las tasaciones ha sido siempre la meta del legislador. TRUJILLO PEÑA, José, *El justiprecio en la expropiación forzosa y su impugnación jurisdiccional*, Revista Derecho judicial, año III, núm. 11, julio-agosto 1962, pág. 31.

Es decir, que antes de expropiar hay que valorar el suelo, y antes de valorar dicho suelo ha de hacerse un previo planeamiento urbanístico.

A estas valoraciones —ajustadas a los Índices municipales aprobados— habrán de someterse a ellos cualquiera que sea la entidad expropiante o beneficiaria y cualquiera que sea el procedimiento seguido (art. 1.^o y 24 del DEU).

El procedimiento administrativo para aprobación de los Índices lo establece el Decreto de 21 de febrero de 1963 en el capítulo III.

b) Por acuerdo en Consejo de Ministros.

Es el procedimiento que señala el artículo 3.^o de LEU para cuando las valoraciones no se hubiesen aprobado a través de los Índices. Procedimiento de valoración que no exige el "prius" del Plan de ordenación urbana, cuando se trate de proyectos de servicios urbanos de inmediata realización (art. 15 del DEU).

El Decreto que acuerde la expropiación fijará los precios máximos y mínimos de valoración. Pudiendo, asimismo, disponer la "urgencia de la ocupación" de los bienes a los fines de expropiación forzosa de los mismos (art. 18 DEU).

Pero este es un procedimiento excepcional. Tanto que el ministro de la Vivienda, en la propuesta que someta al Consejo, justificará las razones que fundamenten la aplicación del procedimiento (art. 22 DEU).

c) Valoración por el trámite común señalado en la Ley de Expropiación forzosa.

Es el procedimiento a seguir cuando no estemos en presencia de cualquiera de los dos supuestos anteriores, a que nos hemos referido en los apartados a) y b) (véase art. 2 del DEU).

B. Dualidad de valoraciones.

a) Valoración tecnológica. Llamaremos así a la inicial, de expectativa y urbanística.

Y le decimos tecnológica por referirse a ese conjunto de conocimientos propios del arte de calcular que entran en juego para fijar las valoraciones de cada sector, en contraposición a la valoración estimativa, de base subjetiva.

Este va a ser, sin duda, uno de los problemas que más juego de opiniones va a suministrar a la interpretación filosófica y jurídica de los artículos de la Ley y del Decreto que tratan de los diversos valores para desentrañar el justo precio.

El amplio tema del "iustum pretium" de inquietud escolástica, está relacionado con la moral, el orden económico y el orden jurídico, con sus efectos hacia la usura, la rescisión por lesión y la tasa de mercado (2).

Los sistemas —unas veces propugnados y otras seguidos— han sido distintos para la determinación del justiprecio. Nos vamos a re-

(2) El concepto de "iustum pretium" tiene una raíz escolástica. GARCÍA EN-
TERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*. Madrid, 1956;
página 120.

ferir a cuatro: 1) valor en venta; 2) precio subjetivo o de estimación; 3) capitalización automática del líquido imponible; 4) módulo objetivo.

1) *Valor en venta*.—Los partidarios de este sistema creen que es el mejor procedimiento para determinar el justiprecio, atendiendo única y exclusivamente al valor en venta actual (3). El precio de la expropiación vendrá determinado por lo que el propietario pudiera legítimamente haber obtenido al poner en venta su propiedad, habida cuenta de las condiciones generales del mercado (4). Una enmienda presentada en las Cortes españolas contra la Ley de expropiación urbanística que estamos comentando, abundando en este criterio, sostuvo que el precio, como principio natural, resulta del libre juego de la oferta y la demanda (5).

2) *Precio subjetivo o de estimación*.—Es en el que se inspira la Ley de 16 de diciembre de 1954, siendo su eje central el artículo 43 de la misma. Pues si bien en otros artículos distingue diferentes supuestos de valoración, son normas dominadas por el espíritu y la letra del artículo 43, que se remite al subjetivismo de los criterios estimativos que juzguen más adecuados, tanto los propietarios en sus tasaciones como la Administración en la fijación del precio. Por este sistema, según el Tribunal Supremo, el órgano de tasación podía lograr la fijación del valor real, haciendo uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 43, frente a criterios pre establecidos, inflexibles en algunas ocasiones (6).

3) *Capitalización automática del líquido imponible*.—Si se declara ante la Administración un valor a efectos de tributación, ésta puede basarse en tales actos propios —de orden fiscal— para capitalizar el

(3) REVIRIEGO GUZMÁN, Felipe, *Propiedad y expropiación*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril, 1961, pág. 512.

(4) Le prix que le propriétaire aurait pu légitimement attendre de la mise en vente de sa propriété compte tenu des conditions générales du marché. YVES NICOLAS, Chef de bureau au ministère de la Construction, *Le nouveau régime de l'expropriation*. París, Editions Berger-Levrault, 1961, pág. 107.

(5) De este principio natural, todavía indiscutido cuando se publicó la bien meditada y jamás suficientemente alabada Ley de expropiación forzosa, tratan de separarse las modernas teorías del urbanismo, afirmando que el precio justo de los bienes no es el que resulta del libre juego de la oferta y de la demanda, sino el que se obtiene stimando casuísticos y discutibles índices, que ninguna relación tienen con el mercado de los bienes, que es el que, desde los tiempos más remotos ha venido señando el precio real y verdadero de las cosas. Enmienda del Procurador en Cortes VILLALONGA BLANES, *Conferencias y discursos*. Ministerio de la Vivienda. Secretaría General Técnica, Madrid, 1962, pág. 131.

• (6) Para la fijación o justiprecio en el procedimiento expropiatorio se inspira la Ley de 16 de diciembre de 1954 más que en reglas tasadas o determinación automática del valor de los bienes afectados, en la posibilidad de que el órgano de tasación adopte un sistema estimativo adecuado para lograr el valor real haciendo uso de la facultad excepcional que le confiere el artículo 43 cuando en las normas que en los artículo precedentes se establecen sean insuficientes para la determinación justa de la valoración, pudiendo así apreciarse todas las circunstancias y factores económicos que en conjunto den una exacta y ponderada evaluación difícil de conseguir de haberse constreñido a criterios pre establecidos, inflexibles en algunas ocasiones. S. 16 de enero de 1961; Sala 5^a.

líquido imponible y obtener así el valor real del inmueble expropiado (7). Otra de las enmiendas presentadas en las Cortes españolas —ésta en favor de la Ley de expropiación urbanística— abogaba por tal sistema (8), enmienda que fué rechazada por la Comisión por no responder por lo común a la realidad (9).

4) *Modulo objetivo.*—La expropiación como fenómeno masivo de cirugía urbana no puede someterse al procedimiento expropiatorio normal (10). Lo que aconseja insistir en el principio de valoración objetiva introducido en la Ley del Suelo, frente al sistema de valoración subjetiva de la Ley de Expropiación forzosa (11). Es decir, la valoración en la expropiación urbanística ha de ser previa, objetiva y genérica, frente al casuismo subjetivo (12). Convirtiéndose así el justiprecio en un problema técnico a determinar por los órganos idóneos de la Administración (13). Sin perjuicio de que en dicha determinación participe el público con amplias posibilidades de intervención (14).

(7) GARCÍA ENTERRÍA, ob. cit., pág. 125.

(8) La fijación del justiprecio de expropiación se determinará únicamente mediante la capitalización al 4 por 100 de la riqueza imponible si se tratara de finca rústica, y del líquido imponible, si fuera urbana. Propuesta de enmienda al art. 3º del Proyecto de Ley de expropiación urbanística, presentada por el Procurador en Cortes GARCÍA RIBES, *Conferencias y discursos*, ob. cit., pág. 89.

(9) Se han de desechar los módulos hasta ahora vigentes de capitalización del líquido imponible y del valor en venta, ya que el primero no responde, por lo común, a la realidad, y el segundo favorece la especulación. TRIÁS BERTRÁN. Discurso defendiendo el dictamen de la Comisión de Vivienda de las Cortes, sobre el proyecto de Ley de valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de planes de vivienda y urbanismo, *Conferencias y discursos*, ob. cit., página 47.

(10) La expropiación como ejercicio de una potestad pública se presenta hoy necesariamente, como un fenómeno masivo que si hubiera de someterse al procedimiento expropiatorio normal, con valoración individualizada, como islas solitarias, de todas y cada una de las parcelas integrantes de una zona o polígono, se produciría una parálisis peligrosa, como todas, de estas grandes operaciones de la Administración, operaciones de cirugía urbana, como se las ha llamado para destacar su parentería urgencia. Martínez y Sánchez-Arjona, ministro de la Vivienda. Discurso ante el pleno de las Cortes en defensa del proyecto de Ley sobre valoraciones de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de planes de vivienda y urbanismo. *Conferencias y discursos*, ob. cit., pág. 17.

(11) La vigencia de la Ley de expropiación forzosa daba lugar a la aplicación reiterada del art. 43 de esta última, que al establecer un sistema de libre apreciación subjetiva en la determinación del justiprecio quebraba el principio de valoración objetiva que con tanto rigor había introducido en nuestro Derecho positivo la Ley sobre Régimen del Suelo. TRIÁS BERTRÁN. Discurso defendiendo el dictamen de la Comisión sobre el proyecto de Ley sobre valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de planes de vivienda y urbanismo. *Conferencias y discursos*, ob. cit., pág. 46.

(12) El justiprecio es un problema esencialmente técnico, y los órganos técnicos de la Administración son los más idóneos para su determinación; sólo ellos pueden saber cuál es el verdadero valor de un solar, con criterios objetivos y científicos; aplicar los módulos correctivos pertinentes y deducir aquellas plusvalías que no se deben a la acción socialmente beneficiosa del propietario, sino a los desvelos del Estado, a la que deben reintegrarse en justicia. Martínez Sánchez-Arjona, *Conferencias y discursos*, ob. cit., pág. 34.

(14) Índices municipales de valoración que figuran ya en la Ley del Suelo,

Esperemos que de este sistema legal —hoy en período de experimentación— salga ese necesario cauce de armonía para concordar lo diferente: legítimos intereses de los propietarios del suelo y facilidades a la Administración para que su potestad tuitiva —procurar que no haya hogar sin techo ni techo sin hogar— no encuentre impedimentos.

Hecha esta digresión, volvamos al hilo del apartado que nos ocupa: dualidad de valoraciones.

En la Ley de expropiación urbanística hay un doble tratamiento. Según se trate del valor inicial, de expectativa o urbanístico o bien entren en juego otras valoraciones: la comercial o la superficiaria —instalaciones, plantaciones, etc.—.

Son dos grandes grupos de valoraciones que no se pueden perder de vista en una mirada de conjunto. Mientras que el primer grupo —valor inicial, de expectativa y urbanístico— es claramente tecnológico, el otro grupo —valor comercial y superficiario— es estimativo, como después veremos.

Dicho esto, pasemos al estudio de cada una de estas valoraciones.

a') *Valor inicial*.—Se determinará por el rendimiento que le corresponda en la explotación rústica efectiva o de que fuera naturalmente susceptible (art. 86 de LS). Fórmula disyuntiva que por su amplitud acoge cualquier supuesto. Y el DEU, en su artículo 6.º, concreta que en “el aprovechamiento rústico se comprende el agrícola, forestal, ganadero, cinegético, paisajista y cualquier otro semejante”.

En las instrucciones de la Dirección General de Urbanismo (15) se indica que los valores iniciales podrán tomarse de los valores publicados por la Orden ministerial de Hacienda de 10 de julio de 1957 (16), pero entendemos que esto es a título de orientación, puesto que esta Orden está hecha con fines fiscales, mientras que el cálculo de los Índices municipales persiguen otra finalidad: fijar el precio de la expropiación urbanística. Es lo que explica —a título de ejemplo— que el cálculo de valores en San Sebastián requirieran un estudio ajustado a las características de aquel término municipal (17).

y en cuya determinación se sigue un procedimiento abierto al público, en el que los interesados tienen amplias posibilidades de intervención, al sondearse la elaboración de los Índices a los mismos trámites esenciales que los planes de ordenación urbana. Martínez Sánchez-Arjona, *Conferencias y discursos*, ob. cit., página 36.

(15) Primero y segundo proyecto de instrucciones para determinar los Índices municipales de valoración de suelo. Madrid, 1962. Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Vivienda.

(16) Orden de 10 de julio de 1957. Impuesto de derechos reales. Ministerio de Hacienda. Formación de índices de precios medios de venta de fincas rústicas.

(17) Cálculo de valores iniciales. Dada la complejidad de los cultivos en el país vasco, era imposible determinar, finca por finca, el valor inicial calculado en función de la producción agrícola, ya que es muy frecuente el caso de que dentro de la misma finca y en distintas temporadas las tierras se sometan a cultivos rotativos y las cuentas de gastos y productos son variables cada año. Por todo ello, los precios señalados en el plano correspondiente se han calculado mediante una media en cada zona, que depende del cultivo predominante y

b') *Valor urbanístico.*—Hablaremos del valor urbanístico antes que del expectante, porque para fijar este último hace falta conocer previamente el inicial y el urbanístico, como después veremos.

Se entenderá por valor urbanístico (art. 85, 5 LS) el que tuvieran los terrenos en relación con las posibilidades de edificación resultantes del planeamiento (18).

El artículo 63 de la Ley del Suelo enumera los terrenos que constituyen el suelo urbano. El artículo 12, 4, configura el casco urbano, y el 66 determina el suelo urbano en poblaciones que carezcan de Plan de ordenación. De lo que se deduce —a la vista de este artículo 66 de la LS— que la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana afecta a todo el territorio nacional, haya o no Plan urbanístico.

Pero no perdamos el hilo del valor urbanístico. Este valor varía según las circunstancias del terreno, densidad de edificación autorizada, grado de urbanización, etc. (19). Por tanto, no podríamos apartarnos del caso práctico si quisiéramos obtener el exacto valor urbanístico de un terreno, a no ser que nos detuviéramos en examinar un largo cuestionario de supuestos e hipótesis que nos apartarían de esa mirada de conjunto que pretendemos echar a las normas de expropiación urbanística.

Lo que sí es cierto es que para la determinación de cualquier valor del suelo se necesita conocer bien jurídicamente la Ley sobre régimen del suelo, pero también saber manejar los planos puestos al día del término municipal al que van destinados los Índices de valoración. Planos generales que abarquen el perímetro urbano, planos de servicios, con la red de abastecimientos de aguas, alcantarillado, pavimentaciones, energía eléctrica, con la red de alumbrado y alta tensión, plano

de la extensión dedicada a ese cultivo dentro de cada sector, calculando después la media de los precios así obtenidos al delimitar la zona formada por varios sectores. Dirección General de Urbanismo. Estudio de los Índices Municipales de valoración de suelo en San Sebastián. Secretaría General Técnica. Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1962. *Estudios y proyectos técnicos de uso y régimen económico del suelo*, pág. 18.

(18) En anexo sobre coeficientes del Decreto de 21 de agosto de 1956, fija las circunstancias a tener en cuenta según:

- a) El tipo de ciudad donde se hallen enclavados los terrenos.
- b) Clase y calidad de circunstancias urbanísticas intrínsecas a cada terreno.
- c) La urbanización de los mismos.
- d) Volumen de edificabilidad.

(19) A título de ejemplo citemos el caso del área dotada o no con los cuatro clásicos servicios: abastecimiento de aguas, alcantarillado, pavimentación y energía eléctrica.

El porcentaje del coeficiente variará, según el estado de urbanización. Veamos:

Terrenos con urbanización completa: 100 por 100 del total.

Terrenos con tres servicios: 75 por 100 del total.

Terrenos con dos: 50 por 100 del total.

Terrenos con un servicio: 25 por 100 del total.

Terreno con cero servicios: 0 por 100 del total. *Segundo Proyecto de Instructions para determinar los Índices municipales del suelo*. Ministerio de la Vivienda. Publicación de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1962, pág. 15.

de edificaciones. Plan general de ordenación; estudio económico y sociológico, para conocer las estructuras de tal ciudad; expansión industrial, turística, etc.

Es decir, para interpretar los Índices de valoración conforme a la Ley del Suelo, así como para la determinación de los precios individualizados, habrá de conocerse bien la técnica jurídica de las valoraciones, pero también la realidad sobre la que va ser aplicada: realidad geográfica, económica y social del lugar afectado por los Índices.

Generalizar ahora sería prematuro (20). La generalización —síntesis que se sedimenta con la problemática engendrada a lo largo del tiempo, a la vista de los casos prácticos— vendrá más adekante. Cuando los proyectos de instrucciones se conviertan en Índices de valoración municipal, éstos en precios de las expropiaciones, las expropiaciones en recursos y los recursos en jurisprudencia. Que unido al Derecho científico será la fragua de donde surja el precio justo.

¿Cuál es el valor urbanístico? Se determinará por un coeficiente en relación con el coste previsible de la edificación permitida en cada terreno (art. 88, 1 LS). Y el Anexo de la Ley, aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956, en su Norma 1.^a establece las circunstancias a tener en cuenta en la fijación de los coeficientes para determinar el valor urbanístico (21).

El valor urbanístico es un clásico valor tecnológico que surge del arte de la planificación. Por tanto, es el valor que arrojan los terrenos en relación con las posibilidades de edificación, resultantes del planeamiento. Es decir, que así como para el valor inicial entra más en juego para su valoración la *naturaleza* del terreno, en el urbanístico juega más el *destino* que tenga en el plan de ordenación. Sin perjuicio de que tal clasificación no deba tomarse en un sentido riguroso, pues la mano del hombre puede transformar la naturaleza de secano de una finca rústica, convirtiéndola en finca de regadío, y la actividad humana puede ser premiada en la valoración de un sector urbanístico si cuenta la zona con los servicios urbanísticos, sin perjuicio de que el destino de la edificación dependerá muchas veces de

(20) Habrá que esperar al desarrollo particularizado de los trabajos que establezcan los Índices Municipales, cuando los Ayuntamientos encarguen su redacción a la Dirección General de Urbanismo, al amparo del reciente Decreto 2.176/1963, de 24 de julio. "B. O." 6 septiembre.

(21) Si denominamos:

C_g = Coeficiente por categoría y grado.

C_u = Coeficiente por estado de urbanización.

C_o = Coeficiente de reducción por grupo de ciudad.

C = Coeficiente total.

e = Edificabilidad en metros cúbicos/metros cuadrados.

m = Coste en pesetas/metros cúbicos.

V_u = Valor urbanístico.

Se tendrá:

$C = C_g \cdot C_o + C_u$

$V_u = C \cdot e \cdot m$ pesetas/metro cúbico.

Segundo Proyecto de Instrucciones..., ob. cit., pág. 25.

la naturaleza de la cimentación, es decir, de la calidad natural del terreno.

Lo que queremos decir es que mientras el valor inicial viene dado por el rendimiento que la finca tenga o del que naturalmente sea susceptible, el urbanístico viene determinado por el destino que a tal zona urbana le reserve el Plan.

Pero pudiera suceder que el precio "por naturaleza" sea superior al que le corresponda "por destino" a una finca. Es decir, que el precio inicial sea superior al urbanístico. ¿Cómo solucionar el problema? Es un caso extraño, pero puede darse. Pensemos en una urbanización en plena huerta valenciana. Poblados para dar alojamiento a los trabajadores de aquel campo. Las circunstancias para la fijación de los coeficientes urbanísticos son mínimas, resultando que la valoración urbanística queda por bajo del valor inicial —el que técnicamente no entra en juego para fijar el valor urbanístico— y surge el problema de que una finca rústica por naturaleza es de mayor valor que la parcela destinada a zona urbana.

Por analogía cabría resolver el problema valorando la "vegetación rica por el número y calidad de las plantaciones cuando se trata de tipos de edificación en los que se prevé su acompañamiento" —Norma 3.^a, 3.^b, b) del Anexo de coeficientes de 21 de agosto de 1956—, aunque el supuesto no es el mismo que el que planteamos.

A la conclusión a que queremos llegar es que las valoraciones no son compartimentos estancos, no cabe hacer operaciones cesáreas con ellas, pues tienen una interconexión que acusará mucho más la práctica de las valoraciones que las interpretaciones teóricas.

c') *Valor expectante*.—El concepto de valor expectante es uno de los más innovadores contenidos en la Ley del Suelo (22). Ballbé, uno de los distinguidos colaboradores en la redacción de la Ley del Suelo, nos decía que el valor expectante surgía al calcular la diferencia entre el valor rústico y el urbanístico (23).

(22) *Segundo Proyecto de Instrucciones...*, ob. cit., pág. 26.

(23) Este valor expectante yo voy a explicar muy sencillamente qué es y qué quiere decir. En una población en un plan de quince años se necesitarán para una expansión de la población X hectáreas de terreno. Vamos a suponer a estos efectos 10 hectáreas de terreno, estas 10 hectáreas son las que efectivamente serían ocupadas y serán transformadas en solares y, por tanto, merecen ser calificadas como valor urbanístico, pero puede resultar que en aquella población, por sus características, existan, además de aquellas 10 hectáreas, otras 40 hectáreas que estén en la misma posibilidad de ser ocupadas. Quiero decir, por consiguiente, que en aquel momento no existe el conocimiento perfecto de cual sería. No cabe, por consiguiente, decir que las 50 hectáreas tienen todas ellas un valor urbanístico, ni el valor urbanístico sería el de 10 hectáreas que en un plazo previsto serían ocupadas para edificar. Las otras 40 seguirían siendo rústicas durante diez, quince o más años. Pensar que cada palmo de terreno, que cada hectárea de esas 50 tienen ya un valor actual urbanístico, es pensar en definitiva que el día antes del sorteo de la Lotería, cada uno de los billetes de la Lotería acumula en sí todas las expectativas de obtener el premio. Evidentemente las expectativas de ser favorecidos con la suerte

La Ley del Suelo dice: se entenderá por valor expectante el potencial de los terrenos en razón a las perspectivas de aprovechamiento o utilización urbanística (art. 85.4 LS).

Valor expectante que puede diluirse entre los terrenos que, siendo rústicos, ofrezcan perspectivas de aprovechamiento urbanístico o coincidir con una zona concreta y delimitada con un específico destino urbanístico: zona de reserva urbana (arts. 64 y 91 LS).

Todas las ciudades tienen una área expectante. Pues bien, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley del Suelo, tal área expectante se distribuirá entre los distintos sectores de la ciudad de circunstancias similares, siempre que en tales sectores concurren idénticas posibilidades de edificación en los próximos quince años. Dichas expectativas pueden hallarse comprendidas dentro del perímetro urbano o afectar a terrenos rústicos exteriores.

Para el cálculo de estas expectativas habrá de tenerse en cuenta —en líneas muy generales— el volumen a construir en metros cúbicos en los próximos quince años, así como el crecimiento normal previsible de la población para dicho período. Sobre tales datos se calculará el número de metros cúbicos edificados que correspondan por habitante. Para pasar después de la expectativa en metros cúbicos a los metros cuadrados de suelo edificable y saber así el suelo necesario para los próximos quince años.

En cuanto a los coeficientes para determinar el valor de expectativa, serán distintos en razón a las diferentes circunstancias del grupo a que pertenezca la ciudad, categorías y grados del terreno, estado de la urbanización, volumen de edificabilidad, coste de la edificación... Pues no hay que olvidar que entra en juego el valor urbanístico y el inicial para calcular el expectante.

Valor expectante que actuando sobre datos precisos arrojará un precio tecnológico. El peligro está en que la pura abstracción matemática convierta los índices de valoración en precios asepticos e ininteligibles para el expropiado. Calculismo que al actuar sobre una realidad social viva debe esforzarse en hacer asequible a los profanos el entendimiento de cuantos elementos integran el complejo urbanístico de cada valoración para que llegue al común de las gentes —a través de datos manejables— el único valor al que deben estar sujetas las valoraciones: al precio justo.

están diluidas entre todos los números de aquella tirada de la Lotería. Lo mismo sucede aquí, la diferencia entre el valor rústico y el valor urbanístico entre 10 hectáreas existiendo 50 hectáreas que estén todas en la misma expectativa se ha de diluir entre todas estas hectáreas y entre las otras. Es decir, que cada hectárea acumula en sí todas las expectativas. El valor expectante consiste en calcular la diferencia entre el valor rústico y el valor urbanístico, entre las 10 hectáreas y esta diferencia distribuirla entre las 50 hectáreas y es lo que realmente tiene en aquel momento cada una de aquellas hectáreas de expectación en función de la utilidad de la superficie al obtener aquella diferencia de valor. *Jornadas Municipalistas en las Islas Canarias. Comentarios sobre la Ley del suelo*. Conferencia de Manuel Ballbé. Publicaciones: Departamento provincial de Seminarios. Las Palmas de Gran Canaria, 1957, pág. 9.

Y este precio justo surgirá de la colaboración de la técnica matemática con la ciencia jurídica. Con meras abstracciones matemáticas o jurídicas no se resolverá el problema. Porque tan apartado de la realidad puede estar esa construcción meramente intelectual "qui a conduit à une impasse entre jugements de réalité et jugements de valeur" (24), como el miniaturismo jurídico, dedicado a la ciencia semántica, que ha obligado a la Dirección General de los Registros y del Notariado a pronunciarse sobre una calificación registral en torno al concepto de participio pasivo irregular del verbo expresar (25). Es decir, el valor expectante no saldrá ni de la metodología abstracta ni de las ecuaciones complicadas, sino del trabajo conjunto del jurista y del matemático.

b) Valoración estimatoria. Llamaremos así a la comercial, superficiaria y otras valoraciones.

a') *Valor comercial*.—La Ley de 21 de julio de 1962 dice en su artículo 1.º que las valoraciones de los terrenos se ajustarán estrictamente a los criterios que se regulan en los artículos 85 y siguientes de la Ley del Suelo. Y el artículo 89 de dicha Ley dice: "El valor comercial se determinará según las normas y criterios de valoración establecidos por la Ley de Expropiación forzosa". Es decir, teniendo en cuenta esta remisión, cabe preguntar: ¿para la determinación del valor comercial de unos terrenos, rige o no la derogación del artículo 43 de la Ley de Expropiación forzosa? Porque, si no, ¿a cuáles normas y criterios de valoración se remite la Ley del Suelo cuando cita la aplicación de la Ley de Expropiación forzosa en la valoración del precio comercial? Conviene hacer un inciso. Nos estamos refiriendo al valor comercial de un sector, no al valor comercial de las instalaciones mercantiles de un edificio, caso este último que se regirá por el valor superficiario —obras y edificaciones que existieren en el suelo—; dicho lo cual, sigamos con la argumentación. En estricta interpretación del número 2 del artículo 1.º de la Ley de 21 de julio de 1962, el artículo 43 de la Ley de Expropiación no será nunca aplicable a los expedientes y valoraciones urbanísticos. Ahora bien, como el llevar la derogación a sus últimos extremos sería caer en el vacío porque ¿dónde están en la Ley de Expropiación los criterios a seguir para valorar el aspecto comercial del suelo?, el Decreto de 21 de febrero de 1963, en su artículo 7.2 habilita una amplia fórmula estimatoria —que en el fondo es el artículo 43 de la Ley de Expropiación—, en la que da una lista de circunstancias a tener en cuenta que enriquece con el "numeris apertus" del "otras semejantes", lo que significa que el sistema no ha madurado lo suficiente para dejar sin efecto la idea cajón de sastre que representaba el artículo 43 de la Ley

(24) *Le fait et le droit*. Etudes de Logique juridique. Travaux du Centre National de Recherches de Logique. Perelman, Bruxelles, 1961, pág. 278.

(25) Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 13 y 18 de junio y 27 de septiembre de 1962.

de Expropiación. Y es que pre establecer criterios de valoración para fijar el precio comercial es de una dificultad extraordinaria.

b') *Valor superficiario*.—Desde un punto de vista civilista, se concibe mal dividir suelo y vuelo cuando por destino forman un solo objeto (26); pero a efectos de expropiación urbanística, cabe la discriminación. Nos referimos —cuando hablamos de valor superficiario— a las plantaciones, obras y edificaciones que existieren en el suelo y que se justipreciaran con independencia del mismo (art. 85.7 de la LS).

Lo que hemos dicho sobre el artículo 43 de la Ley de Expropiación forzosa —criterio estimatorio y subjetivo de valoración— hay que decirlo —corregido y aumentado— respecto a la valoración superficiaria. En este punto es claro que entran en juego los criterios valorativos de la Ley de Expropiación, incluido el artículo 43 de la misma. A esta interpretación nos conducen dos preceptos y una opinión. Los preceptos son del Decreto de 21 de febrero de 1963, y la opinión la del ministro de la Vivienda, "mens legislatoris" de estos preceptos de expropiación urbanística.

El artículo 43 de la Ley de Expropiación forzosa —dice el artículo 5.º del DEU— no será de aplicación a las valoraciones de terrenos para los fines de la Ley de 21 de julio de 1962, *sin perjuicio* de cuanto se establece en la Ley del Suelo sobre criterios y normas de valoración en cuanto se remite a la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Y el artículo 8.º del DEU establece que el justiprecio del valor superficiario se atendrá a los criterios señalados por la legislación general de expropiación forzosa. La que —según Martínez y Sánchez-Arjona— a la valoración de estos bienes se les aplicará los preceptos de la Ley de Expropiación forzosa en su integridad (27).

c') *Otras valoraciones*.—Dejando al margen la valoración del precio que pudíramos llamar efectivo, compensado por el concepto genérico del "precio de afección" (28), los demás precios especiales,

(26) Cuando suelo y vuelo forman un solo objeto, uno de los dos impone al otro su destino y la propiedad no puede ser escindida o, por lo menos, descompuesta en dos tipos iguales. *El derecho real de superficie*. JERÓNIMO GONZÁLEZ. III Nuevos Estudios de Derecho Hipotecario, 1948, pág. 265.

(27) Esta Ley —se refiere a la de 21 de julio de 1962— tiene como misión la valoración del suelo y sus preceptos no pueden extenderse a los demás bienes que, en el desarrollo de los planes y proyectos de viviendas y urbanismo, será preciso expropiar: edificios, plantaciones, viveros, árboles, pozos, utillaje e instalaciones de todas clases. En cuanto a estos bienes seguirán aplicándose los preceptos de la Ley de expropiación forzosa en su integridad. *Discurso ante el pleno de las Cortes en defensa del proyecto de Ley sobre valoraciones de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de planes de Vivienda y Urbanismo*. Martínez Sánchez-Arjona. Conferencias y discursos —4—. Ob. cit., pág. 32.

(28) La indemnización o justo precio sólo se extiende al valor objetivo de los bienes o derechos expropiables, y no, por consiguiente, al valor subjetivo que en la persona del titular pudiera tener; es un principio que domina toda la materia y que impide la indemnización de los perjuicios derivativos o *damnum emergens*. La exclusión de los precios subjetivos está compensada por la indemnización alzada llamada expresivamente "precio de afección". GARCÍA

como, por ejemplo, el artístico, se regirán por la Ley de Expropiación forzosa.

En la expropiación urbanística, ¿cabe fijar el precio del subsuelo si se tratara de una explotación minera? A nuestro modo de ver, tal supuesto debiera regirse por disposiciones especiales —art. 2.^o del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa, de 26 de abril de 1957—, aunque en principio el destino minero parece incompatible con el urbanístico. Siendo clara la limitación que establece la Ley del Suelo: el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto (artículo 47.1.1.^a). Lo que pudiera suceder es que después de aprobado un Plan urbanístico surgiera un uso no previsto —un yacimiento mineral, por ejemplo—, en cuyo caso no habrá lugar a la explotación del yacimiento, procediéndose a la revisión del Plan aprobado (art. 47.1.3.^a LS).

C. Actualización de valoraciones.

En la Ley de 21 de julio de 1962 podemos distinguir dos expedientes: el de valoraciones y el expediente de justiprecio. Este último podemos entenderlo iniciado en el momento que fija el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa (29), lo que tiene una importancia básica en la fijación de fechas a efectos de la variación de la moneda. En presencia de una devaluación progresiva, la distancia entre la fecha de las valoraciones y la del precio a satisfacer puede conducir a un daño económico para el expropiado si el justiprecio que hoy se paga responde a una valoración superada por el tiempo.

Como el precio —en la expropiación urbanística— es una consecuencia del índice de valor, como *deuda de valor* al que queda obligado el expropiante hace que el precio sea móvil y se aleje del concepto nominalista de la deuda pecuniaria, por lo que las valoraciones deberían siempre actualizarse al momento de la iniciación del expediente de justiprecio. Pero el impedimento dirimente del artículo 99 de la LS es insalvable.

Bien es cierto que de varios preceptos se deduce la inquietud de actualizar los índices de valoración, pero el decidir tal actualización se deja a la discrecional apreciación de la Administración. Pudiera ser que la Administración a pesar de ser parte en la expropiación —sintiese el impulso de la justicia *commutativa* y se guiase por aplicar la equivalencia del precio en el momento de iniciar cada expropiación. Pudiera ser que se simplificaran los trámites administrativos y se rationalizara el expediente de actualización de valoraciones, que fuera un modelo de la productividad administrativa y paradigma de esa meta de ahorro de tiempos y movimientos que es exigencia de nuestra época. Pudiera ser que se accediera a los complementos de crédito precisos para el abono de los precios actualizados y que la intervención

ENTERÍA. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*. Ob. cit., página 122.

(29) *La iniciación del expediente de expropiación*. ORTOLA NAVARRO. RAP. Septiembre-diciembre 1961, pág. 170.

y fiscalización del gasto fuera rápida. Pero harían falta tantas circunstancias coincidentes que lo más seguro es que el buen propósito legislativo, en el que flota el principio de la cláusula de estabilización, quede en el mundo abstracto de las buenas intenciones.

Y al servicio de este mundo abstracto de las buenas intenciones hay varios preceptos que vamos a relacionar:

Así, el artículo 99 de la LS dice: "1. Las valoraciones tendrán vigencia durante diez años.—2. Cuando circunstancias reales y ajenas a especulación originen notorias variaciones en el mercado de terrenos c en la situación económica general, se revisarán los justiprecios, de oficio o a petición de cualquier propietario afectado.—3. Servirá de base para la revisión, sin perjuicio de otros factores, el índice general ponderado de precios al por mayor publicado por el Instituto Nacional de Estadística.—4. Contra el acuerdo de revisión cabrá interponer recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, del mismo modo que contra el de justiprecio en la expropiación forzosa."

Idea de revisión de las valoraciones que late en otros preceptos. Así, la Ley de 21 de julio de 1962, en su artículo 2.3, dice que la formación y *actualización* de los Indices se ajustará a los programas que apruebe una Comisión. Y el artículo 10.3 del DEU ratifica que corresponde a dicha Comisión interministerial el acordar la actualización de los Indices.

Esto con independencia de los casos particulares que se contemplan de disparidad entre tasación individualizada e Indices de valoración, basada en circunstancias objetivas y particulares de la finca (art. 26.2 del DEU); circunstancias debidamente justificadas y posteriores a la aprobación de los Indices (art. 26.1 del DEU) o el derecho concedido al expropiado de nueva valoración, cuando han pasado dos años sin haberse hecho efectivo el pago del justiprecio (art. 28 del DEU).

Se trazan caminos para la estabilización de las valoraciones, pero falta una norma clara que se remita a una cláusula de estabilización. Que pudiera ser el índice de precios publicado por el Instituto Nacional de Estadística, a que se refiere el artículo 99 de la LS, pero que según dicho precepto sólo es aplicable la revisión cuando se "originen notorias variaciones en el mercado de terrenos".

¿Cuál será el límite máximo y el mínimo de las notorias variaciones? Si el interesado recurre en demanda de actualización de valoraciones y la Administración entiende que no se da el supuesto de las notorias variaciones a que alude la Ley del Suelo, ¿prosperaría el recurso contencioso-administrativo? No hay que olvidar el modo cauteloso con que el Tribunal Supremo aplica la cláusula "rebus sic stantibus" (30).

(30) En materia de "rebus sic stantibus" hay unanimidad en la jurisprudencia y en las Salas del Tribunal Supremo. Así la Sala 5.^a en sentencia de 21 de noviembre de 1960, dice que para aplicar la cláusula "rebus sic stantibus" se "requiere que el cambio sea de magnitud ostensible, que llegue a originar verdadero desequilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones nacidas del acto iurídico". Y la sentencia de 23 de noviembre de 1962 —Sala 1.^a— afirmán-

La necesidad de adaptar los costos a la realidad no pasa inadvertida al Ministerio de la Vivienda (31), pero la garantía del particular sería más firme si la actualización de las valoraciones —en la expropiación urbanística— viniera determinada por el claro punto de referencia a una cláusula de estabilización. Pensemos en el precedente hipotecario del valor del trigo, índice general ponderado del costo de vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística, o premio del oro en las liquidaciones de derechos de Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda, cláusulas de estabilización de valor que pueden figurar en las inscripciones de escrituras de préstamo hipotecario (32).

D. Indemnizaciones.

La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, según su calificación urbanística (art. 70.1 LS).

Ya es importante este impacto de la Ley del Suelo delimitando el contenido de la propiedad inmobiliaria, de acuerdo con el nuevo tratamiento urbanístico. El tema filosófico-jurídico requeriría un estudio especial que nos desviaría del más concreto de las indemnizaciones que nos ocupa.

Con respecto a indemnizaciones, sigue diciendo la Ley del Suelo (art. 70.2) que las ordenaciones que redujeren el volumen mínimo edificable determinado por la limitación 2.^a del artículo anterior —un metro cúbico como máximo, por cada cinco metros cuadrados de superficie— conferirán derecho a indemnización, mediante expropiación o imposición de servidumbre.

Convendría aclarar un primer problema de interpretación. ¿Son contradictorios los artículos 69.1.2.^a y 91.2 de la Ley del Suelo? Veámos. El primero dice: la facultad de edificar se ejercerá en proporción de un metro cúbico, como máximo, por cada cinco metros cuadrados de superficie. Dejando al margen unas excepciones que señala. Y el artículo 91.2 dice que en los terrenos a que se refiere el apartado *a*) del párrafo anterior —los rústicos— se podrán aceptar expectativas de edificación hasta 0,5 metros cúbicos por metro cuadrado. ¿Existe contradicción entre ambos preceptos? No, porque los terrenos a que

dose en la misma orientación, dice “que ese extraordinario aumento de la rentabilidad de las fincas y del valor de los frutos no se debió al imponderable alza normal y presumible de toda contratación, sino por el contrario, a las graves repercusiones que los notorios acontecimientos bélicos y post-bélicos mundiales tuvieron en la economía patria, imposible de prever por los contratantes en la fecha de la celebración del contrato”.

(31) Recientemente el Decreto de 21 de febrero de 1963 —“B. O.” de 2 de marzo— modifica el coste de ejecución material por metro cuadrado de las viviendas de tipo social, elevando el módulo del sesenta al setenta por ciento, de acuerdo con el Reglamento de Viviendas de Renta Limitada.

(32) Art. 219, 3.^o, 2.^a del Reglamento Hipotecario —Decreto de 17 de marzo 1959—.

se refiere el artículo 69.1.2.^a son de utilización rústica sin perspectivas de aprovechamiento urbanístico.

Como venimos, en la Ley del Suelo se fijan los límites mínimos de densidad de edificación. Si estos se reducen por un Plan de ordenación —fuera de los supuestos previstos en la propia Ley—, ha lugar a indemnización. Esto es claro.

¿Pero puede la Administración establecer en un Plan una densidad determinada de edificación y en otro posterior rebajarla? Entendemos que sí, pero previa indemnización. Por analogía del criterio establecido en la Ley del Suelo. Pensemos en quien creyendo que puede edificar a una densidad determinada, conforme a un Plan de ordenación aprobado, compra una parcela y, después, la Administración, en un Plan posterior declara dicha parcela espacio verde. ¿Puede ir la Administración contra sus propios actos?

Y nos referimos a las meras expectativas, como situaciones de hecho basadas en simples esperanzas, que en general entrañan intereses no protegidos jurídicamente. Es decir, no nos referimos al equívoco y borroso campo de la expectativa (33), sino a los derechos ciertos que nacieron amparados en un Plan anterior al posterior que modifica la urbanización. Si cupiera que los planes de ordenación ulteriores pudieran modificar sin más los que les preceden, la seguridad jurídica quedaría dañada si se admitiera que tales actos administrativos creaban meras situaciones jurídicas interinas. Los derechos nacidos de un Plan de ordenación, si en cualquier momento pudieran derogarse por sucesivas planificaciones, quedarían sometidos a la espada de Damocles del acontecimiento futuro e incierto de la nueva planificación administrativa que desconociera los derechos adquiridos, tutelados por un Plan anterior.

La Administración puede ir contra sus propios actos por un doble camino. Anulando el acto administrativo, cuando entienda que es contrario a la Ley —previo dictamen del Consejo de Estado— y declarar lesivo un acto administrativo, compareciendo para tal fin ante la jurisdicción contencioso-administrativa (34) pidiendo su anulación.

Pero la Ley del Suelo autoriza (art. 39.1) las modificaciones de Planes, proyectos, programas, normas y Ordenanzas, siempre que las modificaciones se sujeten a las mismas disposiciones enunciadas para su formación. Pudiendo cualquier corporación hasta modificar el régí-

(33) DE CASTRO. *Derecho civil de España*. Segunda edición. Parte general. Tomo I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil. Madrid, 1949, pág. 608.

(34) El artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, dice: La Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados. En los demás casos, para conseguir la anulación de dichos actos, la Administración deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

men instituido con carácter general respecto a densidad de edificación, espacios libres y determinación de perímetros o lugares afectados (artículo 46.2 de la LS).

La inseguridad jurídica resultó en la práctica tan evidente que el Gobierno tiene en las Cortes un proyecto de Ley regulando esta materia (35).

No cabe duda que la Administración puede —ajustando su actividad a Derecho— modificar cualquier Plan. Pero debe indemnizar si en la nueva ordenación hay perjuicio para los titulares del terreno afectado. Porque toda lesión debe ser indemnizada —según la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado— siempre que el daño alegado sea valioso económicamente. Y si el daño causado por un Plan urbanístico es efectivo, el derecho a indemnización es evidente.

E. Órganos que intervienen en los Índices de valoración.

En la formación de los Índices de valoración municipal del suelo hace falta distinguir dos fases:

a) Aprobación del programa de formación de Índices, que corresponde a una Comisión interministerial, que funciona como órgano colegiado, al amparo de la Ley de procedimiento administrativo (artículo 2.º, 3, de la LEU, y arts. 9 y 10 del DEU); y

b) Aprobación inicial del proyecto de Índices por el Ayuntamiento respectivo, quien después de la información pública e informe de las reclamaciones que se formulen, lo someterá a informe de la Comisión provincial de urbanismo, la cual lo elevará al Ministerio de la Vivienda, a través de la Dirección General de Urbanismo (art. 11 del DEU).

Si los Ayuntamientos no llevaren a cabo la redacción de los Índices podrá designar el Ministro de la Vivienda el órgano urbanístico que realice dicha función (art. 12 DEU). Entendemos que podrá ser alguno de los órganos urbanísticos que enumera el Reglamento orgánico del Ministerio de la Vivienda, en el Decreto de 23 de septiembre de 1959, al que se le agregó más tarde la Gerencia de Urbanización que creó la Ley de 30 de julio de 1959, con carácter de entidad autónoma. A cualquier organismo mixto de técnica y gestión pudiera ser encomendada la labor de los Índices, cuando de tal misión haga dejación el Ayuntamiento, no así a otro de los órganos que figuran en el Reglamento orgánico ministerial, como el Consejo Nacional de Vi-

(35) El "Boletín Oficial de las Cortes Españolas", número 793, de 13 de julio de 1963, publica un Proyecto de Ley fijando las "Condiciones y procedimientos de modificación de planes de ordenación urbana y de proyectos de urbanización cuando afecten a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos". Dicho proyecto de Ley impide cualquier modificación que tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en un Plan, sin que tal modificación sea aprobada por Consejo de Ministros, de la Comisión Central de Urbanismo o de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid, en su caso, y de la Corporación Municipal interesada con el "quorum" del artículo 303 de la Ley de Régimen Local. Proyecto que hoy es la Ley 158/1963, de 2 de diciembre (B. O. de 5 de diciembre).

vivienda, Arquitectura y Urbanismo, por tratarse de un órgano consultivo.

Pero este aspecto compulsivo se dará rara vez. Lo más lógico es que los Ayuntamientos opten por hacer ellos los Índices o prefieran que esta labor la realicen los equipos técnicos de la Dirección General de Urbanismo, acogiéndose a las normas del Decreto de 24 de julio de 1963 (*B. O. de 6 de septiembre*).

II. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO DUAL

A este doble procedimiento se refiere el artículo 122 de la LS y los artículos 24 y 25 del DEU, que regulan la tramitación ordinaria y la tasación conjunta.

Esto desde un punto de vista genérico, pues cabe distinguir varias modalidades de procedimiento. Así, el artículo 2.^o del DEU dice: cuando no hayan sido aprobados los Índices Municipales de valoración del suelo, ni se haya hecho aplicación del procedimiento excepcional regulado en el artículo tercero de la Ley de 21 de julio de 1962, la tasación de los terrenos que deban ser objeto de expropiación se acomodará, en todo caso, a la calificación urbanística de los mismos, con estricta sujeción a las normas del capítulo cuarto, título segundo, de la Ley del Suelo.

Es decir, que cabe un procedimiento expropiatorio en el que las tasaciones individualizadas se basen en los Índices de Valoración previamente aprobados. Otro procedimiento expropiatorio es el que regula el artículo 3.^o de la LIEU y los artículos 15 y siguientes del DEU prescindiendo de los Índices de Valoración y fijándose los precios máximos y mínimos por Decreto. Y, por fin, un tercer procedimiento: justíprecios a fijar por el sistema ordinario de la Ley de Expropiación forzosa —siempre que las tasaciones se acomoden a los criterios de la Ley del Suelo— según se deduce del artículo 2.^o del DEU. Procedimiento que al ser el ordinario de expropiación admite tasaciones del propietario, de la Administración y justíprecio del Jurado provincial de expropiación, de acuerdo con el artículo 31 y concordantes de la Ley de Expropiación forzosa. Pero este procedimiento, al que discrecionalmente puede acudir el órgano expropiante, ¿necesita actuar sobre un Plan previo de ordenación? Entendemos que es un "prius" indispensable. Aunque cabe que el Ministro de la Gobernación —hoy de la Vivienda— dicte normas "subsidiarias" del planeamiento (artículo 57.1 de la LS). Todo depende de la interpretación que se le dé "a normas subsidiarias del planeamiento".

Si en cuanto a tasaciones saben los procedimientos que acabamos de indicar, respecto a la manera procedural de tramitar el expediente expropiatorio —con independencia de la fijación de valores— distinguen la Ley del Suelo y el Decreto de 21 de febrero de 1963 dos modos de hacerlo: expropiación individualizada o tasación conjunta (arts. 122 de la LS y 24 y 25 del DEU). Sin perjuicio de que las

normas que se dictan sobre la tasación conjunta son de una poquedad tan evidente que siguen estando vigentes las dudas planteadas a Romay Beccaría sobre este procedimiento (36).

III. RECURSOS

A. Clases.

El artículo 2.7 de la LEU dice: el acto de aprobación de los índices municipales podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previa utilización del recurso de reposición, dentro de los plazos establecidos al efecto; transcurridos estos, dicho acto se considerará firme y consentido. El acto de aprobación de las tasaciones individualizadas de los terrenos sólo podrá enjuiciarse por defectos de procedimiento y de aplicación indebida de los índices aprobados. Igualmente será admisible el recurso contencioso-administrativo contra el acto de fijación del justiprecio en los casos previstos en el apartado siete del artículo ochenta y cinco de la Ley del Suelo.

El anteproyecto de Ley que fué a las Cortes sólo permitía la impugnación de los índices municipales por defectos de procedimiento en la tramitación. Prosperó una enmienda presentada por varios procuradores en Cortes, y el texto del proyecto quedó modificado admitiéndose la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa no sólo por defectos formales de elaboración, sino por infracción de normas sustantivas (37).

Según el precepto de la LEU que hemos transcrita, el interesado en las tasaciones individualizadas será el legitimado para impugnar el acto que haga aplicación concreta de las valoraciones que fijen los índices o impugnarle asimismo cuando quebrante las normas del procedimiento.

Pero en cuanto al acto de aprobación de los índices municipales, ¿estará legitimado solamente quien tenga interés directo?

Nuestra opinión es que cualquier ciudadano —tenga o no interés directo— está legitimado para impugnar el acto de aprobación de los índices municipales, si éstos no se ajustan a la Ley del Suelo o a los Planes de ordenación urbana, al amparo de la acción pública que establece el artículo 233 de la Ley del Suelo.

B. Acción pública.

Entendemos que tal acción pública está vigente y no ha sido derogada por la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, aunque aparentemente parezca que es otra la conclusión a la que se llega a la vista de la simple lectura de dicha Ley de procedimiento (38).

(36) ROMAY BECCARIA. *Expropiación forzosa y política del suelo*. Revista de Administración Pública, núm. 38. Mayo-agosto 1962, pág. 125.

(37) Discurso de TRÍAS BERTRÁN en las Cortes. *Conferencias y discursos*. Ob. cit., pág. 50.

(38) Las partes. Preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956. La legitimación activa para demandar la anulación de actos y disposiciones de la Administración, se reconoce a quien tuviere interés directo en ella.

a) Su aparente derogación.

La aparente derogación pudiera basarse en el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa y en su disposición segunda final (39).

Pero una Ley especial ¿puede derogar otra Ley distinta especial sin decirlo expresamente? ¿Basta la mera interpretación derogatoria? Nadie duda de que la Ley del Suelo es una Ley especial, que regula gran parte del estatuto de la propiedad inmobiliaria. Ni tampoco duda nadie de la materia especial de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (40), luego, ¿en virtud de qué ha de exigirse el elemento subjetivo del interés directo (41) que se requiere en la Ley especial de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuando tal elemento subjetivo está excluido en el artículo 223 de la Ley especial del Suelo?

Nada tiene que ver el proceso de primera instancia jurisdiccional en que consiste propiamente lo contencioso-administrativo (42) con la normativa que articula la política del suelo y ordenación urbana.

De otro lado, la legitimación del artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se regula para quien tenga interés directo en los actos y disposiciones administrativas, fué para hacer desaparecer la separación de los recursos de plena jurisdicción y de anulación (43), diferencia que hoy no existe (44).

No obstante, cuando se trata de la impugnación de disposiciones de carácter general de la Administración central que sólo hayan de ser cumplidas por los administrados, previo acto de requerimiento o sujeción individual se ha creído prudente restringir la legitimación a las Entidades, Corporaciones e Instituciones públicas y a cuantas Entidades ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos.

(39) *Legitimación*.—Art. 28. Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración:

a) Los que tuvieran interés directo en ello.

b) Si el recurso tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos.

Disposiciones finales. Segunda: Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción y procedimiento contencioso-administrativo en cuanto se opongan a la presente Ley.

(40) *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*. ALVAREZ GENDÍN. Barcelona, 1960, pág. 55.

(41) *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*. PERA VERDAGUER. Barcelona, 1961, pág. 155.

(42) *Comentarios a la ley de lo contencioso-administrativo*. PERA VERDAGUER. Ob. cit., pág. 7.

(43) La doctrina española y la jurisprudencia acusaron reiteradamente la identificación de la plena jurisdicción con el contencioso subjetivo.

Por su parte, el Estatuto municipal introducía en España, en 1924, el recurso objetivo con tal amplitud que podía equipararse a una verdadera acción popular utilizable por cualquier vecino para impugnar cualquier acto municipal ilegal por la forma o por el fondo. Este recurso objetivo daba lugar a un contencioso

Que esta diferencia haya desaparecido es un indiscutible avance técnico. Pero lo que no cabe es deducir de tal avance técnico en materia procesal que la acción pública del artículo 223 de la Ley del Suelo esté derogada por no enumerarse en el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa.

En cuanto a la cláusula derogatoria de la disposición final segunda de la Ley de lo contencioso-administrativo "quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción y procedimiento contencioso-administrativo, así como las reguladoras del procedimiento administrativo en cuanto se opongan a la presente Ley". Pudiéramos distinguir entre las normas que se refieren al procedimiento y las relativas al proceso (45) y sostener que la *voluntas abrogandi*

de anulación. Es decir, el contencioso de anulación —objetivo— sólo podía tener lugar contra decisiones de la Administración local. *El recurso subjetivo de anulación*. Revista de Administración pública, año III, núm. 8. Mayo-agosto 1952. GARRIDO FALLA, págs. 183 y 184.

Como sahemos, el recurso antiguo contencioso-administrativo era de dos clases: la de plena jurisdicción y la de anulación.

El primero tenía como límites tres requisitos:

- 1.º Que la resolución recurrida causara estado;
- 2.º Que emanara de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas;

3.º Que vulnerare un derecho administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo.

El de anulación estaba encerrado entre otros tres requisitos:

- 1.º El fundamento tenía que ser la incompetencia, un vicio de forma o cualquier otra violación de Leyes o disposiciones administrativas;
 - 2.º El recurrente debía tener interés directo en el asunto;
 - 3.º La resolución tenía que ser sobre materia provincial o municipal.
- Legislación contencioso-administrativo. Juan Ríos Sarmiento. Barcelona, 1962, pág. 116.

El recurso que promueve la jurisdicción subjetiva es el de plena jurisdicción. El que promueve la jurisdicción objetiva es el de anulación, para establecer el Derecho objetivo, no un derecho subjetivo.

Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo. ALVAREZ GENDIN. Ob. cit., página 91.

(44) La nueva Ley de la contencioso-administrativo no distingue entre recurso objetivo y recurso subjetivo. Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo. ALVAREZ GENDIN. Ob. cit., pág. 126.

Legislación contencioso-administrativa. Ríos Sarmiento. Barcelona 1962, página 102.

(45) La mayoría de la doctrina procesal parte de la distinción entre proceso y procedimiento, afirmando que mientras aquél es un concepto esencialmente teleológico, éste lo es de índole formal. *Derecho procesal administrativo*. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Madrid, 1955. Tomo I, pág. 46.

La aplicación del Derecho por la Administración ocurre sólo a través de un procedimiento, no un proceso, porque este es la creación milenaria destinada a la realización del Derecho por órganos independientes, protegidos con garantías y sujetos a principios que no son conocidos en el obrar administrativo. *Cuestiones de Derecho procesal*. PRIETO CASTRO. Madrid, 1947, pág. 314.

Mientras la Jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones la Administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general. *Derecho procesal civil*. GUAPS, JAIME. Madrid, 1956, pág. 112.

de la disposición transcrita es distinta según se trate de derogar disposiciones del procedimiento administrativo —que sólo quedarán sin efecto cuando se opongan a la nueva Ley— o de disposiciones que afecten al proceso administrativo, las cuales quedarán derogadas en su totalidad (46). Pero aun admitiendo la distinción no puede este criterio ser tan absoluto que afecte a la legitimación de las partes.

El artículo 223 de la LS dice que “será pública la acción para exigir ante los Tribunales contencioso-administrativos...”. Sin entrar a distinguir entre legitimación “ad procesum” de la legitimación propiamente dicha que es la legitimación “ad causam”, o en cuanto al poder de postulación que es la necesidad de comparecer asistido de Procurador y Abogado, lo que interesa a nuestro caso es destacar lo que la doctrina entiende por legitimación: capacidad específica que necesita la parte para poder intervenir con éxito en un proceso (47). Y esa capacidad específica de obrar —la capacidad procesal es equivalente a la capacidad de obrar en Derecho civil— viene dada por el artículo 223 de la Ley del Suelo, compatible con la Ley de lo contencioso-administrativo.

Compatibilidad posible —si seguimos la técnica hermenéutica de la derogación— en cuanto que la Ley del Suelo es un estatuto jurídico especial de la propiedad inmobiliaria afectada por el urbanismo, que constituye un cuerpo orgánico del que no puede desgajarse una parte —participación del pueblo en la regulación de la propiedad del suelo— sin dañar al conjunto, mientras que la Ley de lo contencioso-administrativo es una Ley reguladora de un proceso especial, no existiendo el presupuesto previo de igualdad de materia que requiere la derogación (48). Sin que haya identidad de los destinatarios: en la Ley del Suelo es el ciudadano, y en la de lo contencioso-administrativo la parte concreta que tenga interés directo. Sin que a la luz de ambas leyes encontremos tampoco contradicción entre los fines de sus preceptos.

b) Necesidad de su vigencia para dar cumplimiento al espíritu de la Ley de lo contencioso-administrativo.

Pero hay más. El artículo 223 de la Ley del Suelo hay que entenderlo vigente para fiel cumplimiento de la Ley de lo contencioso-administrativo (49). Veamos.

(46) Cuando la Ley habla de derogación de disposiciones “en cuanto se opongan a la nueva Ley”, se está refiriendo a las disposiciones sobre procedimiento administrativo; pero las disposiciones sobre el proceso administrativo, se derogan en su totalidad, siendo la Ley de lo contencioso-administrativo la única disposición sobre la materia. *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. VILLAR Y ROMERO. Madrid, 1957.

(47) *Legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. QUINTANA REDONDO, CARMELO. Revista de Derecho Judicial. Año III, núm. 12. Octubre-diciembre 1962, pág. 42.

(48) *Derecho civil de España*. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Madrid, 1955. Tomo I, página 704.

(49) Este argumento que vamos a exponer fue sostenido por el ilustre letrado José María González López y compartido por los asistentes al Semi-

Esta última Ley, en su artículo 39, dice:

1) Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las entidades locales y las corporaciones e instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa.

2) También será admisible la impugnación de los actos que se produjeren en la aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

4) La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo dos.

La Ley de 21 de julio de 1962, en su artículo 2.º, 7, dice: el acto de aprobación de los índices municipales podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previa utilización del recurso de reposición, dentro de los plazos establecidos al efecto; transcurridos éstos, dicho acto se considerará firme y consentido. El acto de aprobación de las tasaciones individualizadas de los terrenos sólo podrá enjuiciarse por defectos de procedimiento y de aplicación indebida de los índices aprobados.

Está claro que por virtud de este último precepto contra la aplicación individualizada de las tasaciones sólo se permite impugnar los defectos de procedimiento o la aplicación indebida de los índices, pero las valoraciones son inimpugnables aunque fueran contrarias a Derecho. Por lo que el artículo 39.4 de la Ley de lo contencioso-administrativo queda derogado.

Es decir, que el propietario del terreno que lo sea en el momento de la tasación individualizada, pero que no lo fuera en el instante de la aprobación de los índices de valoración, ni puede atacar los índices —por carecer en tal momento del interés directo que exige el artículo 28 de la Ley de lo contencioso— ni puede acogerse al número 4 del artículo 39 de la Ley de lo contencioso por tasación individual que aplica una valoración contraria a Derecho, porque la Ley de 21 de julio de 1962 solamente permite la impugnación para el supuesto de estos dos casos: a) por defectos de procedimiento, y b) aplicación indebida de los índices aprobados.

La solución está en mantener la vigencia del artículo 223 de la Ley del Suelo, pues si el expropiado en el acto de la tasación individualizada no puede impugnar los índices de las valoraciones aprobadas —por impedírselo la Ley de 21 de julio de 1962— ni pudo atacar tales índices, en época que no era propietario —pues carecía del interés directo exigido por la Ley de lo contencioso-administrativo—, pudo como ciudadano acudir a la impugnación de los índices, acogiéndose a la acción pública que concede la Ley del Suelo. Es esta una oportu-

nidad jurídica que hace menos penosa la derogación del artículo 39.4 de la Ley de lo contencioso por el 2.7 de la Ley de 21 de julio de 1962.

IV. FOMENTO URBANÍSTICO E INTERVENCIONISMO POR SUBSIDIARIEDAD

El urbanismo es una técnica al servicio de la morada del hombre. Los planes de ordenación urbana han de adelantarse a la necesidad de alojamiento, como base indispensable de una acertada política de vivienda (50). Sin embargo, hay quien cree que el urbanismo es sólo técnica de compás y de regla de cálculo (51), desconociendo quien así piensa el amplio y complejo mundo que abarca.

El urbanismo —por su complejidad y relación con las diferentes ramas de las ciencias y de las artes— no puede prescindir del sector privado, concretamente de la iniciativa privada. Porque tan equivocado es creer que el urbanismo se puede dejar abandonado a la anárquica voluntad de los individuos como sostener que el urbanismo pertenece en exclusiva a la esfera del Estado providencia. Si peligroso es el criterio inhibicionista, no lo es menor el intervencionismo absorbente.

Es cierto que en gran número de casos el dueño de un terreno —más o menos inciso en una zona urbana— limita sus ambiciones de propietario a la plácida espera que le traerá aparejada el regalo de un precio lucrativo (52) sin más esfuerzo. Pero esta realidad no justifica un intervencionismo estatal sin límites (53), que obligue a la tan criticada omnipresencia de la Administración (54), sino a fomentar primero el urbanismo entre los propietarios de los terrenos y a inter-

(50) Ya en el siglo pasado un célebre jurista decía: "Para remediar la carestía de los alquileres, no hay otro remedio efectivo que el de favorecer la nueva edificación, ensanchando las poblaciones y procurando que el número de casas aumente en progesión más rápida que el vecindario respectivo y su riqueza." DE CÁRDENAS, FRANCISCO. *Estudios jurídicos*. Madrid, 1884, pág. 192.

(51) Planear urbanísticamente quiere decir muchísimas cosas, antes que dibujar. Quiere decir Economía política, Hacienda pública, Costes privados, Costes sociales, Estructura económica, Transportes, Religión, Sociología, Higiene, Política y sólo cuando todo esto ha sido estudiado científicamente, sólo entonces entran en juego el compás y la regla de cálculo. TRÍAS FARGAS, RAMÓN. *La financiación del planeamiento urbano y la equidad*. Revista Jurídica de Cataluña. Marzo-abril 1961, pág. 275.

(52) Fácil postura abandonista, que se limita a recoger los frutos de la "productividad por la simple espera", con un enriquecimiento injusto contra la comunidad. Martínez y Sánchez-Arjona. *Conferencias y discursos*. Ob. cit., página 35.

(53) La invasión que sufre el Derecho privado por el Derecho público, a través de la técnica administrativa del intervencionismo. GARRIDO FALLA, *Tra-*
tado de Derecho administrativo. Tomo II, pág. 122. Madrid, 1960.

(54) Asistimos hoy a una omnipresencia en todas las esferas de la vida social. Se advierte una constante extensión e intensificación de las funciones administrativas, de tal suerte realizadas, que permiten afirmar que la Administración es a la vez ubicua y pancrónica, autónoma y pantómoma. GASCÓN HERNÁNDEZ, J. *Los fines de la Administración*. Revista de Administración Pública. Año IV, núm. 11. Mayo-agosto 1953, pág. 37.

venir, subsidiariamente, después, si la iniciativa privada permanece ociosa a las oportunidades que se le brinden.

A. ¿Autonomía de la voluntad o socialización?

La proliferación de prestaciones administrativas tienden a destruir la fuente de riqueza que representa la iniciativa privada. La guerra fría entre socialización y autonomía de la voluntad es una lucha evidente en nuestros días. Voces autorizadas señalan cómo hoy las libertades humanas se están transformando en sucedáneos administrativos, que pudiéramos denominar derechos del ciudadano a prestaciones públicas. Prestaciones que —en un régimen de monopolio sin competencia alguna— pueden terminar siendo penosas para el individuo y una carga pesada para la economía nacional. Triste resultado al que puede conducir el intervencionismo implacable, al servicio de la equivocada socialización (55). Pocos se opondrán a la socialización —incremento de las relaciones sociales— como substantivo que moderniza la idea escolástica del bien común. El peligro está en no fijar los límites del vocablo socialización. Pues esta palabra, como la de coexistencia, se prestan como ninguna a formar parte de un cuento de sordos.

Mentes preclaras de administrativistas se han dado cuenta del peligro, es decir, del avance socializador incontenible de la Administración arrollando a la iniciativa privada, y estudian los medios de contención de tal intervencionismo estatal, ofreciendo los principios administrativos de fomento e intervención subsidiaria.

Y es que a la inquietud espiritual del jurista no le satisface el mero entretenimiento de la interpretación de la letra que mata, y eleva su vuelo hacia los principios informadores a pesar del riesgo de que se le escapen de las manos como el azogue, porque merece la pena consagrarse a la tarea de depurar los principios vivificantes del Derecho para iluminar la oscura senda de tanto caninante (56).

Lo que, afortunadamente, conduce a destacar los auténticos cauces administrativos, al servicio de la política del Estado, puesto que la Administración no es sino una parte del Estado mismo: su actividad es actividad del Estado (57).

(55) El término socialización se ha hecho tan familiar que aparece en la traducción española de la "Mater et Magistra", cuando el texto latino de la encíclica en lugar de socialización emplea la expresión de "sociales rationes incrementa" lo que indica claramente que su sentido no es el señalado en el Diccionario de la Lengua. En epígrafe anterior de la misma encíclica explica lo que entiende por "socialización": "es decir, esas mutuas y crecientes relaciones de los hombres que han impuesto a su vida y acciones, formas múltiples de asociaciones, de ordinario admitidas como de hecho privado o público." Socialización en el texto a que hemos hecho la llamada significa, pues "incremento de las relaciones sociales". Verbo. La ciudad católica. Serie I, número 7, pág. 84.

(56) Han sido los principios descubiertos y funcionalizados por los juristas los que han cambiado, no sólo la ciencia del Derecho administrativo, sino la vida misma de éste como ordenamiento aplicable. GARCÍA ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho administrativo*. Revista de Administración Pública. Enero-abril 1963, pág. 206.

(57) MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Presupuestos constitucionales de la*

B. Principio de fomento.

En la Administración podemos distinguir tres clases de actividades:

a) actividad de coacción: policía administrativa y prestaciones obligatorias de los particulares a la Administración;

b) actividad de servicio público: prestaciones de la Administración a los particulares, y

c) actividad de fomento: acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos (58).

El urbanismo en esta actividad de fomento o de estímulo y persuasión debe basar fundamentalmente su quehacer, antes de acudir a la actividad administrativa de la coacción, ejerciendo la potestad expropiatoria (59) para convertir al urbanismo en un servicio público, con exclusión de la iniciativa privada.

El principio de fomento aplicado al urbanismo puede ser el mejor medio de implicar a los particulares —propietarios de terrenos— en la ordenación urbana, con lo que se satisfaría una necesidad pública, alcanzándose un fin de interés general sin merma de la libertad de los administrados (60), que estimulados por la Administración cooperarían voluntariamente.

El Estado —titular indiscutible de la potestad expropiatoria— debe acudir a esa prestación de los particulares “in natura” cuando no quepa otro remedio (61) y, como técnica administrativa de supletoriedad.

La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado (62) con la que la Administración promueve y estimula a los particulares para que sean ellos por su propia voluntad quienes cooperen al fin que la Administración persigue.

A este estímulo y promoción se refiere la Ley del Suelo, con las exenciones y bonificaciones ofrecidas a las personas y organismos que hicieren nueva urbanización (arts. 189 y siguientes de la LS), que

función administrativa en el Derecho positivo español. Revista de Administración Pública. Año IX, núm. 26. Mayo-agosto 1958, pág. 11.

(58) JORDANA DE POZAS. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*. Revista de Estudios Políticos, núm. 48. Año 1949, pág. 46.

(59) Actividad administrativa de coacción: prestaciones obligatorias de los particulares. Al Estado se debe el servicio militar obligatorio; el Estado es sujeto fiscal activo por autonomía y el Estado es, igualmente, el titular indiscutible de la potestad expropiatoria. GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 204.

(60) GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 280

(61) En cuanto al suelo agrícola la Ley de 14 de abril de 1962, sobre explotaciones familiares, establece, con gran cautela, la expropiación como sanción para los casos de división indebida del suelo. *Las nuevas unidades mínimas de cultivo*. DÍEZ GÓMEZ, Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre, 1962 pág. 241.

(62) Jordana de Pozas. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., pág. 46.

unido a los beneficios que pueden percibir quienes se acojan a la legislación de Viviendas de Renta Limitada y Subvencionadas, en materia de edificación, es un modo de articular en Derecho positivo la política de fomento, constituida esencialmente por los estímulos de la subvención y la exención tributaria.

Pero es más, este principio de fomento queda institucionalizado, por así decirlo, en la Ley del Suelo cuando al hablar de la gestión urbanística dice que "la gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada..." (art. 4.2 de la LS). El artículo 2.^o, *d*), destaca el fomento como actividad urbanística. Y el artículo 5.^o, 4, ordena a los órganos urbanísticos que fomentarán primero la acción de las Corporaciones locales y, en último lugar, se subrogarán en ella. Y en esta línea de fomento, el artículo 3.4, *g*), de la LS insiste en atribuir a la competencia urbanística el *promover* la posibilidad de que se faciliten a los propietarios los medios precisos para cumplir las obligaciones impuestas por la Ley.

¿Podrá el particular —en un recurso contencioso-administrativo— alegar con éxito frente a la Administración que ésta debiera haber "suscitado" la realización del urbanismo por el particular antes de intentar la expropiación? ¿O se trata de un mero principio programático que no vincula? En tal caso, la institucionalización del principio de fomento en la Ley del Suelo quedaría reducida a una recomendación dirigida a los funcionarios del urbanismo para que sean justos y benéficos (63).

C. Intervencionismo subsidiario.

Complementario del anterior es el principio de subsidiariedad, aplicable al urbanismo (64).

En el X de los Principios del Movimiento Nacional se declara que "la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada y encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado". De aquí se desprende el carácter subsidiario que la actividad estatal ha de tener respecto de la individual. No se trata, por tanto, de una sustitución, sino de una suspensión: no va a situarse el Estado donde antes estaba el particular, sino que, ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, se hará necesario recurrir a la iniciativa estatal (65).

Quede bien sentado —dice la encíclica "Pacem in terris"— que la intervención de la autoridad pública en asuntos económicos debe ser

(63) La Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo sexto señalaba que una de las principales obligaciones de todos los españoles era la de ser justos y benéficos.

(64) En la práctica los distintos tipos de actividad administrativa se interpenetran hasta parecer confundidos en ocasiones. GARRIDO FALLA, ob. cit., tomo II, pág. 137.

(65) *Los principios fundamentales del Movimiento Nacional y la Administración Pública. Comentarios a la Ley por la Revista de Administración Pública*. Año IX, número 27, septiembre-diciembre 1958; pág. 12.

tal que no sólo no sofoque la libertad privada en su acción, sino que la favorezca (66).

Principio de función subsidiaria (67) que destaca la "Mater et Magistra", entendido como acción supletiva del Estado.

La Ley del Suelo—por lo que al urbanismo se refiere—sigue la línea ortodoxa que acabamos de exponer, afirmando que la gestión pública *sustituirá* a la iniciativa privada "cuando ésta no alcance a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que la Ley establece" (art. 4.2 de la LS).

Y agrega que "los órganos urbanísticos fomentarán la acción de las Corporaciones locales, cooperarán al ejercicio de la competencia que les confiere la Ley de Régimen Local y se subrogarán en ella cuando no la ejercieren adecuadamente, o su cometido exceda de sus posibilidades" (art. 5.4 de la LS).

En otro lugar la Ley del Suelo señala los sistemas por los que pueden ejecutarse los Planes de urbanismo:

- a) Cooperación.
- b) Expropiación total de los terrenos.
- c) Compensación; y
- d) Cesión de terrenos viales (art. 113.1 de la LS).

Señalando con carácter preferente el sistema de cooperación y cesión de viales cuando el Plan de ordenación no precisare el sistema a seguir (art. 113.3 de la LS).

Fuera de este caso —que el Plan de ordenación no fijare el sistema que haya de seguirse—, ¿puede el Ayuntamiento u órgano gestor elegir libremente el de cooperación, expropiación, compensación o cesión de viales? La Ley del Suelo dice: "el Ayuntamiento u órgano gestor elegirá el sistema o sistemas aplicables a la población y a cada uno de sus sectores, según las necesidades, medios económico-financieros con que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias (art. 113.2 de la LS). Pero su actividad es subsidiaria, por deber atender primero a la iniciativa privada. Así lo corrobora el artículo 139 de la Ley del Suelo: "1. El propietario o los propietarios constituidos en Asociación, titulares del 60 por 100 de los terrenos que comprenda un proyecto de urbanización, tendrán derecho, en los sistemas de cooperación y compensación, a recalcar del Ayuntamiento, cuando haya de ejecutarse, que declare la excepción licitatoria de las obras y se las adjudique directamente. 2. Si por no haber formulado previamente esta petición, el Ayuntamiento procediere a la licitación de las obras, los aludidos propietarios podrán ejercitar el derecho de retracto dentro de los nueve días siguientes a la fecha de adjudicación provisional."

Por tanto, los órganos urbanísticos no pueden sin más —por el

(66) *Pacen in terris*. Parte segunda. Relaciones de los hombres y los Poderes públicos en el seno de las distintas comunidades políticas. Editorial Apostolado de la Prensa, S. A. Madrid, 1963; pág. 21.

(67) SÁNCHEZ AGESTA, *El principio de función subsidiaria*. Revista de Estudios Políticos. Enero-febrero, 1962; pág. 21

camino de la expropiación—sacar los terrenos del sector privado para pasarlo al sector público. Es decir, el acto administrativo decisivo de la expropiación necesitará, además de la *causa expropriandi* (68), que exprese el motivo de acudir al sistema expropiatorio prescindiendo de los demás. En este punto, ¿hasta dónde llega el límite de la discrecionalidad de la Administración? (69). Habría que demostrar la desviación de poder (70), siempre que no se tratara de esa “discrecionalidad técnica” a la que no llega el poder fiscalizador de los Tribunales (71).

A mayor abundamiento conviene razonar sobre los siguientes supuestos prácticos, que demuestran cómo queda justificada la acción de los órganos urbanísticos pasando los terrenos del sector privado al público, sólo en el caso de que falle la iniciativa privada. Cabe que los órganos urbanísticos expropien un polígono para urbanizar, edificar y hasta administrar la construcción realizada. En este caso esa amortización de manos muertas, avanzando inconteniblemente como las manecillas de un reloj, puede presentar problemas económicos y sociales de consecuencias insospechadas, aparte de la elefantíásica administración que tan colosal empresa necesitaría. Pero supongamos que los órganos urbanísticos solamente—a través de la expropiación—sacan los terrenos del sector privado y los pasan al sector público para, después, volver a pasar el terreno urbanizado al sector privado. Supongamos que las parcelas urbanizadas salen a subasta con el precio satis-

(68) La *causa expropriandi*: para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o de interés social a que haya de afectarle el objeto expropiado. GARCÍA ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*. Ob. cit., pág. 41.

(69) Poder discrecional e iniciativa son sensiblemente una misma cosa, y las dos concuerdan con lo que se llama “la oportunidad de la medida”. HAURIOUNS, *Précis de Droit administratif*, 1927, pág. 340.

El legislador tiene dos medios de permitir a los órganos del Estado su actividad: o bien sometiéndose a una orden categórica o vien amparándose el órgano en la decisión permitida por una orden disyuntiva. En el primer caso tenemos poder reglado por la Ley y en el segundo poder discrecional. En el primer caso el acto administrativo ha de someterse a la iniciativa de la ley, por tratarse de una actividad administrativa de *lege data*, mientras que en el caso de poder discrecional, la elección es libre. LAUN, *Le pouvoir discrétionnaire*. Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1935, pág. 133.

(70) La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de Derecho. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. París 1962, pág. 236.

El haber entendido el Consejo de Estado francés que la Ley impone siempre un fin determinado al uso de los poderes que se conceden a la Administración pública y que verificar la adecuación entre este uso y el fin querido por la Ley es de la competencia de dicho Consejo ha hecho posible el *détournement de pouvoir*. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, volumen I, Madrid, 1958, pág. 208.

(71) Sin embargo, queda fuera del ámbito del fiscalizador la “discrecionalidad técnica”, cuestiones que se resuelven a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración. El punto de vista del organismo técnico que actuó no puede sustituirse por el criterio del Tribunal que no puede manejar más técnica que la jurídica. GARRIDO FALLA, ob. cit., vol. I, página 211.

fecho por ellas, más los gastos de urbanización —gastos de adquisición del suelo más coste material de las obras realizadas—, a lo que tendríamos que añadir el doce por ciento de gestión urbanística (72), siendo ése el precio de arranque. ¿Sería justo que el órgano urbanístico, convertido en empresario, especulara con el negocio de plusvalía que pudieran haber adquirido los terrenos con la urbanización? Sigamos suponiendo que la adjudicación de las zonas o parcelas urbanizadas se adjudican por concurso a un precio técnico —no de mercado—, es decir, al que resultare de los siguientes sumandos: *a)* precio del terreno pagado en la expropiación; *b)* coste de las obras de urbanización; *c)* doce por ciento de gestión urbanística. Entonces puede darse el siguiente caso —dentro del cauce de la legislación de viviendas patrocinadas por el Estado—, y es que el adjudicatario del terreno —que adquiere a un precio limitado— pudiera edificar viviendas de renta limitada del primer grupo —pisos que pueden ser vendidos sin limitación de precio— sobre un suelo que se expropió sujetándole a unos límites de valoración (73).

Todo lo cual parece aconsejar que a la expropiación urbanística, como a cualquier expropiación forzosa —límite cardinal del derecho de propiedad privada (74)—, se debe acudir en supletoriedad de la iniciativa privada y sólo cuando ésta —entregada a la ociosidad— no responda al llamamiento.

Principio de intervención subsidiaria que recoge la propia Ley del Suelo, cuando en su artículo 3.4 limita el intervencionismo de la competencia urbanística a: *c)* Exigir a los propietarios que edifiquen en plazos determinados; *d)* Imponer la enajenación cuando no se edifiquen en el tiempo o forma previstos.

Y la Ley de 21 de julio de 1962, en el párrafo segundo del artículo 4.º se dice que “la declaración o resolución administrativa, de haberse incumplido la obligación de edificar una finca, sin perjuicio de su constancia en el Registro Municipal, se hará constar en el Registro de la Propiedad, tendrá, a los efectos legales, la consideración de carga real e iniciará inmediatamente el procedimiento de enajenación forzosa, cuyos trámites se determinarán reglamentariamente”.

La expropiación es un cauce extraordinario al que se debe acudir solamente en casos especiales (75) y como vía supletoria.

(72) Decreto de 28 de marzo de 1958 —B. O. 5 de mayo— por el que se dan normas para la justificación de los costos generales y de administración en la gestión urbanística. Tasa confirmada por el Decreto de 25 de febrero de 1960.

(73) El argumento sigue siendo válido aunque por la Orden de 18 de mayo de 1963 —B. O. 20 de mayo— se suspendan temporalmente la admisión de solicitudes para construir viviendas acogidas a los beneficios del grupo primero de la Ley de Viviendas de Renta Limitada, de 15 de julio de 1954.

(74) GARCÍA ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*. Ob. cit., pág. 212.

(75) El profesor Ernst Forsthoff, cita el caso del tribunal administrativo de Württemberg que negó la existencia de la necesidad de la expropiación por no haber intentado, por parte de la autoridad expropiadora, adquirir el inmueble por

D. Liberación expropiatoria.

Muchas son las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la expropiación (76), coincidiendo la nuestra con la de los que sostienen que es un acto de poder, en el que juega la discrecionalidad de la autoridad, utilizada tal facultad discrecional en esa armónica medida que exige la justicia protectora (77).

1) El Decreto de 26 de noviembre de 1959.

Siguiendo tal sentido de medida fué dictado el Decreto sobre liberación de expropiaciones, en los expedientes promovidos por razones urbanísticas (78), con el intento—según dice el preámbulo— de “buscar la armonía de los intereses particulares y públicos, evitando la expropiación cuando el particular ofrece voluntariamente la colaboración que su propiedad representa al fin social y público que el urbanismo persigue, sometiéndose a las normas del plan señalado en el polígono”.

Los propietarios afectados por los expedientes de expropiación seguidos por razones urbanísticas podrán solicitar se les libere de la expropiación de los terrenos de su propiedad, si se comprometen previamente a:

- a) Someterse al Plan parcial de ordenación.
- b) Aceptación de la reparcelación.
- c) Aceptación de las servidumbres de edificación que surjan del Plan.
- d) Aceptación del precio de expropiación señalado por la Administración para el caso de que adquiera el Ministerio de la Vivienda el terreno en cuestión, si el particular incumpliera el compromiso de edificar.
- e) Aportación al pago del coste de urbanización.
- f) Iniciación de la edificación dentro del plazo.

Este Decreto de liberación de expropiaciones reserva al Ministro

vía ordinaria, *Tratado de Derecho administrativo*, Editado por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958, pág. 137.

(76) Para Demogue el acto administrativo de la expropiación es un quasi-contrato, fundado en un interés de solidaridad. CASTAÑ, *Derecho civil*, tomo IV. *Derecho de obligaciones*. Año 1962, 9.^a edición, pág. 812.

No es un negocio jurídico. Ni una compraventa forzosa en el sentido del artículo 1.456 del Código civil. Wolff y Gierke dicen que es un acto de Derecho público. Roca una adquisición *ex novo o sui generis*, como afirma la Resolución de 25 de febrero de 1953. FUENTES SÁNCHEZ, Narciso, *Problemas de expropiación forzosa*, Conferencia en la Academia Matritense del Notariado en 3 de junio de 1958. Anuario de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII, año 1962, página 133.

La expropiación no puede calificarse como un contrato, ya que es un acto de poder. Toda ocupación definitiva o temporal —producto de una expropiación— constituye inequívocamente un verdadero derecho real. GARCÍA ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*. Ob. cit., pág. 75.

(77) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama del Derecho civil*. Barcelona, 1963, pág. 30.

(78) Decreto de 26 de noviembre de 1959. B. O. 3 de diciembre.

de la Vivienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la concesión o no de este beneficio.

Naturaleza jurídica de este acto de liberación de la expropiación.

El Decreto de la liberación expropiatoria ¿configura un negocio jurídico? (79). El Decreto tiende a evitar la expropiación cuando el particular ofrece voluntariamente su propiedad al fin urbanístico que la Administración persigue. Sin perjuicio de que hecho el ofrecimiento por el particular, la Administración se reserva la facultad discrecional de decidir sobre la concesión de tal beneficio. Lo que se explica, pues, depende de la clase de urbanización a realizar. No basta con los buenos propósitos del propietario del terreno afectado por la expropiación, puesto que el éxito de la urbanización depende de la organización crediticia, técnica y jurídica con la que se cuente.

El particular afectado por la expropiación de un terreno comprendido en un polígono de urbanización, antes de poderse acoger al beneficio liberatorio de la expropiación necesita saber a qué se compromete. Es decir, necesita saber cuál es el Plan de ordenación, para calcular el valor de la urbanización y el de la edificación con su densidad. Conocidos estos datos, más los plazos en que las obras deban ser ejecutadas, podrá —con tal indispensable información— decidirse a solicitar el beneficio, presentando a la Administración el esquema de sus posibilidades. Lo que no hará nunca el particular es aventurarse a solicitar el beneficio de la liberación de la expropiación, sin saber previamente si en verdad es un beneficio.

Es decir, lo primero que tiene que hacer el órgano urbanístico es el Plan de ordenación, para que sobre tal base pueda el particular acogerse a la urbanización planeada, sobre seguro. Al no hacerse así, nadie acudirá a solicitar el beneficio creado por el Decreto, al desconocer las normas del Plan por el que queda afectado el polígono. He aquí por qué el Decreto ha quedado en letra muerta, hasta ahora.

Es indiscutible este elemental derecho de información que tiene el particular. Conocedor del Plan urbanístico, puede acogerse al beneficio de liberación de la expropiación. Y solicitado de la Administración tal beneficio, puede ésta acceder o no a la concesión. Así planteadas las posibilidades que crea el mencionado Decreto, ¿configura un negocio jurídico, sustitutivo del acto de poder que representa la expropiación? ¿De qué clase?

El particular está amparado por la facultad legal de solicitar el beneficio. El Plan de ordenación —el cual tiene derecho a conocer— viene a ser a modo de las condiciones generales que ofrece la Administración. Pero el que las acepte el particular no vincula a la Administración.

(79) El Decreto no encierra figura contractual alguna, sino que señala los requisitos en virtud de los cuales aquella situación de expropiación cesa. Y deja al particular en la facultad de elegir entre aquella situación, creada con anterioridad y por las razones legítimas que toda expropiación comporta necesariamente, o esta de liberación. Ni contrata la Administración con el particular, ni el Decreto obliga imperativamente a liberarse de la expropiación. MARTÍN BLANCO, José, *Estudios de Derecho urbanístico*. Madrid, 1960, pág. 11.

ción, quien se reserva el derecho a conceder o no el beneficio, conocidas la solvencia técnica y crediticia del aceptante.

La oferta del Decreto, unido a las condiciones generales del Plan de ordenación del polígono, aceptado por el particular, ¿forman el contenido de un precontrato? No, porque el precontrato entraña el compromiso de realizar en el futuro un contrato, y en nuestro caso todo queda condicionado a la libre decisión de la Administración, aceptando o no la oferta que se le haga (80). Desde el punto de vista de la Administración, ¿pudiera sostenerse que al quedar facultada a aceptar o no la oferta del particular, tal naturaleza potestativa de esta facultad jurídica representa un negocio de opción, por lo que tiene de decisión unilateral? Tampoco, porque la opción no ejercitada extingue el derecho concedido, y, en consecuencia, queda resuelto un contrato (81), y el conceder o no el beneficio es una facultad de la Administración nacida de una disposición administrativa y no de un negocio pactado.

Ahora bien, concedido el beneficio al particular por la Administración, tal acto administrativo da lugar a unas relaciones jurídicas que configuran las líneas de un negocio jurídico en el que la Administración se abstiene de actuar —paralizando el expediente de expropiación— mientras el particular cumpla, realizando las obras de urbanización que el Plan implique. Viene a ser un contrato innominado de me abstengo para que hagas, un “non facio ut facias”.

Obligaciones de la Administración:

a) Esperar a que el afectado por la expropiación opte por realizar él las obras de urbanización previstas en el Plan que haga la ordenación del polígono.

b) Informar a dicho afectado por la expropiación del Plan urbanístico, para que el particular con conocimiento técnico y económico, pueda optar por el beneficio liberatorio de la expropiación. Información que deberá extenderse al Plan de ordenación del polígono, reparcelación acordada, servidumbres de edificación y de ordenación urbana, precio de la expropiación, etc.

c) Decidirse discrecionalmente sobre la concesión o no del beneficio.

Obligaciones que afectan al acogido al beneficio liberatorio de la expropiación:

(80) El pacto de contrahendo exige inexcusablemente un acuerdo previo y no condicionado. S. 27 octubre 1956.

Los precontratos están limitados a ser una convención por la cual dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro, un determinado contrato, que en el momento de celebrar esa convención no se puede o no se quiere celebrar como definitivo. S. 23 abril 1957.

El “pactum de contrahendo” tiene por función esencial ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato. S. 2 mayo 1959.

(81) Si el optante no cumple la opción a su favor concertada dentro del término concedido, quedará extinguido el derecho que se le otorga, y por su derivación resuelto tal contrato. S. 16 enero de 1959.

a) Someterse al Plan del Polígono, aceptando las reparcelaciones, servidumbres de edificación y el precio de expropiación señalado por la Administración para el caso de que incumpliere el compromiso de urbanizar y edificar contraído.

b) Aportación al pago del coste de la urbanización.

c) Iniciar la edificación dentro del plazo.

A nuestro modo de ver, no cabe duda que la Administración sustituye el acto administrativo de poder que implica la expropiación —acto jurídico unilateral— por el negocio jurídico que implica la liberación expropiatoria, a través de un compromiso por el que el particular libremente se adhiere o no a las normas generales determinadas para un polígono urbanístico. Y solicitada la liberación de la expropiación por el particular y aceptada la oferta por la Administración, surge un claro negocio jurídico, aunque el aspecto administrativo del compromiso esté bajo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (82).

2) Más supuestos de suspensión del sistema expropiatorio.

En esta línea de intervencionismo subsidiario en materia urbanística se hallan los supuestos previstos en el artículo 29 del DEU. En él se dice: “Uno. Acordada o en trámite una actuación urbanística por el sistema de expropiación, el Ministerio de la Vivienda, de oficio, a instancia de los órganos competentes o de los propios interesados, previo informe de la Dirección General de Urbanismo, podrá decretar la suspensión total o parcial de la expropiación y disponer que continúe la actuación mediante alguno de los sistemas previstos en la Ley del Suelo, por gestión pública o privada.—Dos. En todo caso, podrá reanudarse la expropiación en el mismo trámite en que quedarse suspendida si se incumplieren las condiciones impuestas.

Disposición que concuerda con la LS, en la que en su artículo 102 no sólo se llama al Estado a ejecutar los Planes urbanísticos, sino también a las entidades locales y a los particulares. En el artículo 5.4 se fija la actuación subsidiaria de los órganos urbanísticos frente a las corporaciones locales, y el 4.2 concede primacía a la iniciativa privada frente a la pública, en la gestión urbanística, que puede actuar y canalizarse por los sistemas del artículo 113: cooperación, compensación o cesión de viales.

Lo que nos lleva a la conclusión de que en la “mens legis” están vivos y presentes los principios de fomento e intervención subsidiaria, como base esencial de la gestión urbanística.

(82) Los compromisos que formalizan con las Corporaciones expropiantes los propietarios “afectados” son esencialmente de carácter administrativo y como tal deben ser tratados en las posibles incidencias que surjan en el desarrollo de los mismos. MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, *La Ley del suelo. Examen de las principales restricciones que ella impone al tráfico jurídico de los bienes urbanísticos*. Estudios jurídicos varios. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Sección tercera, volumen segundo, Madrid, 1962, pág. 235.

Compensación de desperfectos con mejoras, en el usufructo

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Razón de ser del artículo 488.—III. Derechos que acogen la compensación de desperfectos con mejoras.—IV. ¿Existe verdaderamente compensación?—V. No necesidad de la compensación especial.—VI. Casos a que se reduce la compensación especial. Desperfectos y mejoras a que alcanza.—VII. Desperfectos fortuitos y culpables.—VIII. Desperfectos dolosos (y también mejoras dolosas).—IX. Cualesquiera otras circunstancias de los desperfectos.—X. Las mejoras, en general.—XI. Mejoras suntuarias.—XII. Mejoras retirables y no.—XIII. No necesidad de que desperfectos y mejoras estén relacionados.—XIV. No compensabilidad de otras indemnizaciones no procedentes de desperfectos.—XV. La compensación es sólo facultad del usufructuario.—XVI. Tiempo de realización de desperfectos y mejoras.—XVIII. Valores que se comparan.—XVIII. Caso de existir pluralidad de mejoras que sobrepasan el valor de los desperfectos.

I

PRELIMINAR

El art. 488 dispone que: “El usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho”.

El laconismo del precepto, deja lugar —en ciertos aspectos— a bastantes dudas, y permite amplio campo de discusión a quienes se lleguen a encontrar, como partes interesadas, en el supuesto en cuestión.

Un caso en el que los desperfectos en los bienes parecía que podían haber sido causados de mala fe para que el dueño no se beneficiara con mejoras, que no podían ser retiradas sino a costa de gastar casi tanto como su valor, atrajo mi atención sobre cuáles serán los justos límites del espíritu que la disposición legal encierra.

Al primer impulso, el sentido jurídico se rebela intuitivamente contra la posibilidad de que el art. 488 pueda servir de amparo a semejante conducta. Pero, ¿realmente se rebela con razón?

En el estudio que sigue, pretendo esclarecer no sólo este punto, sino llevar a cabo una interpretación general del artículo, ver su fun-

damento, su problemática y el estado del tema en el Derecho comparado.

II

RAZON DE SER DEL ARTICULO 488

La explicación de la disposición se halla en el hecho de que nuestra ley no concede al usufructuario derecho a ser indemnizado por mejoras que haya realizado en la cosa usufructuada. Sólo se le otorga un *ius tollendi*. "El usufructuario —dice el art. 487— podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma o su sustancia, pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras si fuiere posible hacerlo sin detrimento de los bienes".

La no concesión de derecho a indemnización se suele fundamentar a base de que sería injusto permitir que el usufructuario dispusiese del boîsillo ajeno (pues, realmente, de éste dispone si las hace él, pero luego ha de abonárselas el dueño), y de que las mejoras las introduce en interés suyo (1) para disfrutarlas o sacarles rendimiento mientras que el usufructo dura (disfrute o rendimiento que son la contrapartida del gasto hecho por el usufructuario para realizarlas) (2).

Todo lo cual será muy cierto, pero no quita un ápice de fuerza a la circunstancia de que al devolverse la cosa usufructuada al nudo propietario, éste, recibiéndola mejorada, se enriquece a costa del usufructuario.

Contra ello se puede, a su vez, decir que si se enriquece es porque el usufructuario quiere, ya que nada le obliga a mejorar la cosa; y que —al fin y al cabo— éste es árbitro de sus propios intereses, y podrá discernir qué le conviene más: si no introducir la mejora, para no perder su valor (presupuesto, claro está, que no pueda ser retirada al acabar el usufructo) o introducirla y perder éste, pero obteniendo de ella, entretanto, unos beneficios que no se darían sin la misma, y que, en conjunto, sobrepasan aquella posterior pérdida.

Lo que, indudablemente, también es cierto.

En definitiva se trata, en esto de la no indemnizabilidad de las

(1) Sobre la cuestión, cfr., por ejemplo, entre otros, Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione* (en "Il Diritto civile italiano de Fiore), 2.^a ed., II, Napoli-Torino, 1936, número 288. Planiol-Ripert-Picard, *Les biens*, tomo III del "Traité pratique" de Planiol y Ripert, 2. ed., Paris, 1952, número 877.

(2) El tribuno Gary justificaba el precepto correlativo del Código francés diciendo que la denegación de indemnización se encuentra basada en una doble razón: impedir cuestiones que no faltarian, puesto que las mejoras que el usufructuario pretendiese haber hecho no serían siempre evidentes, y evitar que el dueño quede gravado por indemnizaciones resultado de trabajos que, puede ser, no hubiese pensado jamás realizar (cfr. Loire, VIII, pág. 289).

mejoras, de un criterio que —acertado o no— es el adoptado por nuestro Derecho y por muchos otros: así, el francés (art. 599), italiano de 1865 (art. 495), portugués (art. 2.217), argentino (2.874), chileno (801), boliviano (art. 336), portorriqueño (art. 416), salvadoreño (art. 803), venezolano (art. 600), etc.

Todas estas legislaciones ante la pregunta: ¿qué es preferible, que uno (el usufructuario) pueda mejorar la cosa con (en última instancia) el bolsillo de otro (el dueño), o que éste se enriquezca con la mejora hecha a costa de aquél?, han optado por lo segundo, aunque frecuentemente la jurisprudencia y la doctrina (3) tratan de suavizar la solución, que no a todos ha parecido justa.

Pues bien, decía que la explicación de la disposición del artículo 488 (4) se halla en que nuestra ley no concede al usufructuario derecho a ser indemnizado por las mejoras que hubiese realizado en la cosa usufructuada. Todavía, cuando todo se limita a que no se le abone nada por aquéllas, parece que la cosa tiene pase, pero, sin duda, se estimó demasiado fuerte que —habiendo mejoras y deterioros— no se cobrase nada por aquéllas, y, encima, se tuviese que pagar por éstos. Y por tal consideración, se introdujo la llamada “compensación” entre unos y otros.

En definitiva, esta compensación es una excepción a la regla de “preferible es que se enriquezca el dueño con la mejora, a que el usufructuario pueda disponer (cobrándola) del bolsillo ajeno”. La excepción significa que la ley, cuando con las mejoras *concurren* desperfectos —concurrencia que es lo que determina la repetida excepción—, prefiere que se pueda disponer del bolsillo ajeno (dándole al dueño la mejora a cambio de la indemnización que se le debe) a que haya enriquecimiento de aquél a costa del usufructuario.

Lo que, sin duda, encierra cierto fondo de equidad, por lo menos en los casos normales, pero sigue teniendo el inconveniente de que, en la misma cantidad en que el enriquecimiento se evita, se está disponiendo de una suma a la que los intereses del dueño podrían señalar otro destino. Por ejemplo, si en mi finca rústica cuyo goce readquiero, se me deja estropeado el sistema de regadío, que es lo que me importa, pero, sin embargo, se me entrega con una magnífica carretera privada, desde la pública hasta la entrada de la casa, es

(3) Cfr., por ejemplo, Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, pág. 534. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione* (en “Il Diritto civile italiano de Fiore”), II, 2.^a ed., Napoli-Torino, 1936, pág. 404, y en ellos más citas.

(4) Muchos de nuestros autores se limitan a transcribir el precepto. Así, Castán, *Derecho civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 1957, pág. 496; De Buen, en traducción española del Curso de Colin y Capitant, II, 2.^o, 2.^a ed., Madrid 1942, página 787; De Diego, *Instituciones*, ed. revisada por De Cossío y Gullón, I, Madrid, 1959, pág. 477; Valverde, *Tratado*, 4.^a ed., II, Valladolid, 1936, pág. 429. A lo más señalan —con referencia al art. 487— que es injusto no conceder al usufructuario derecho al abono de mejoras, al menos en ciertos términos.

claro que, aunque ésta avalore la finca, puede interesarme más haber dispuesto del dinero de la indemnización para reparar aquél.

Ahora bien, lo que ocurre es que la ley al decidirse entre una u otra solución, ha optado por una, pero no puede evitar los inconvenientes que le son inherentes, y considera que mayores los tenía la otra. Por eso no cabe rechazar la solución por el hecho de que éstos existan. Pero, quizá, se podrían haber hecho subdistinciones que luego veremos, y así reducir aquéllos al mínimo inevitable inherente a la solución preferida.

III

DERECHOS QUE ACOGEN LA COMPENSACION DE DESPERFECTOS CON MEJORAS

La compensación en estudio ni estaba en nuestro Derecho anterior ni había sido recogida por el Proyecto de 1851, pero sí introducida por el de 1882 (art. 491). Y, por lo demás, ha parecido, en general, muy razonable y equitativa a nuestros autores (5). Y, asimismo, la establecen expresamente otras muchas legislaciones, como la italiana de 1865 (art. 495), portuguesa (art. 2.220), argentina (artículo 2.874), chilena (art. 801), venezolana (art. 600), portorriqueña (artículo 417), salvadoreña (art. 803), etc. Aunque no todas las que niegan el derecho a indemnización por mejoras. Por ejemplo, la francesa, que rechaza éste (art. 599) y tampoco concede aquélla, al menos explícitamente. Mas, sin embargo, la opinión más extendida es que si no en la letra, se admite en el espíritu de la ley, pues en definitiva, las mejoras y los desperfectos han de considerarse globalmente al acabar el usufructo, y en realidad no se puede afirmar —viene a decir los que defienden esta opinión— que la cosa haya sufrido deterioro, sino en cuanto en conjunto haya resultado merma, y como las mejoras la aumentan por su parte, sólo habrá habido merma si éstas no equilibran la disminución procedente de daños (6).

(5) Así, Navarro Amandi, *Cuestionario del C. c. reformado*, II, Madrid, 1889, pág. 230; Sánchez Román, *Estudios*, III, 2.^a ed., Madrid, 1900, pág. 573; Manresa-Pou de Avilés, *Commentarios al C. c.*, IV, 6.^a ed., Madrid, 1951, pág. 486; Scaevola, *C. c. comentado*, IX, 5.^a ed., Madrid, 1948, pág. 342.

(6) Pothier, *Du douaire* (en "Oeuvres", ed. París, 1825, IX), número 278, decía: "... car un héritage ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré". Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, X, 4.^a ed., París, 1870, número 647: "El problema —dice— consiste en saber de qué manera debe ser apreciado el estado de la cosa, en el momento de extinción del usufructo; si es preciso considerar cada una de sus partes en especial o apreciar, en conclusión, el conjunto y el todo. Ahora bien, creemos que, en general, este último criterio es a la vez el más lógico y el más equitativo." Igualmente Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5.^a ed., X, París, 1897, § 235; Planiol, *Traité élémentaire*, 6.^a ed., I, París, 1911, número 2.868; Planiol-Ripert-Bou-

En el fondo de ese razonamiento, por algunos, lo que se pretende es suavizar la regla de la no indemnizabilidad de las mejoras, que no consideran justa. Pero en la pura literalidad del mismo, no se viene realmente a aceptar la compensabilidad y con ella una excepción al artículo 599 (las mejoras no son indemnizables), sino que presupuesto la aplicación de este artículo y del deber de resarcir el usufructuario por los daños causados, se escamotea la reparación, estimando que (si las mejoras cubren), no hay daños.

IV

¿EXISTE VERDADERAMENTE COMPENSACIÓN?

Aun para las legislaciones que hablan de "compensación", quizá cabría pensar que no existe una verdadera compensación, en el sentido rigurosamente jurídico del término, como causa extintiva de obligaciones recíprocas y homogéneas (C. c. arts. 1.195 y sgs.), pues no se trata de que cuando la cuantía de mejoras y daños estuviese fijada en dinero y fuese exigible el pago de ambas, se extinguiesen dichas dos obligaciones en la cantidad concurrente, sino de que haya

langer, *Traité de Planiol*, 5.^a ed., I, París, 1950, número 3.644, Planiol-Ripert-Picard, en el *Traité pratique de Planiol y Ripert*, 2.^a ed., III, París, 1952, número 877; Josserand, *Cours de Droit Civil*, 2.^a ed., I, París, 1932, número 994.

En contra, Baudry-Lacantinerie y Chaveau, trad. italiana del *Traité théorique et pratique, Dei beni*, número 566, según los que "la compensación sería posible si la mejora reparase los desperfectos, confundiéndose con ellos de alguna manera, si hubiese entre ambos alguna clase de relación de causa a efecto; pero, ¿cómo admitir una compensación cuando el desperfecto es distinto, o cuando haya acontecido en un edificio determinado mientras la mejora concierne a otro inmueble? Se llegaría entonces a una manifiesta violación del artículo 599, a la necesidad de una estimación de trabajos hechos, no obstante la voluntad contraria del legislador; la mejora es facultativa para el usufructuario; éste la hace por su cuenta y riesgo, tal es el concepto de la ley; pero siempre está obligado a reparar los desperfectos."

Aunque a Baudry-Lacantinerie y Chauveau se les cita por los demás autores entre los que se oponen a la compensación, sin embargo, ya se ve que, en cierto caso, no la rechazan, o, si se quiere, la rechazan, pero estiman que en cierto caso es aceptable porque no se trata sino de algo en que los daños y la mejora se funden, viiniendo a ser ésta como una restauración, en mejor, del antiguo estado de cosas.

Ahora bien, de alguna manera esta posición viene, en el fondo, a coincidir con el punto de vista que realmente adoptan algunos de los defensores de la tesis de la compensabilidad. Así, los antes citados Paniol, Planiol-Ripert-Boullanger y Planiol-Ripert-Picard vienen a decir que el precepto del artículo 599 es muy riguroso, y que precisa fijar sus límites, pues si hubo sobre los bienes un conjunto de trabajos que produjeron a la vez mejoras y desperfectos por la modificación de plantaciones y construcciones, es justo hacer un balance total y tener en cuenta unas y otros para apreciar el resultado de los cambios hechos por el usufructuario. A menudo estas modificaciones, para bien y para mal, no podrían estimarse separadamente. Hechas las cuentas, si las mejoras del usufructuario no le dan ningún derecho a reclamar una indemnización, pueden, al menos, dispensarla de pagarla.

una compensación en el sentido vulgar de *contrapesarse* o *neutralizarse* reciprocamente mejoras y daños.

Por otro lado, la compensación en sentido riguroso no procedería, ya que el usufructuario no tiene derecho al abono de mejoras, por lo que falta, por su parte, un crédito contra el propietario (7), que fuese oponible a la reclamación de éste (8).

Esto último es cierto, pero —presupuesto que se admite la validez para compensar del crédito del usufructuario— realmente hay una compensación, en cuanto que el sentido de la ley es que se contrapesen reciprocamente las cantidades en que se valoren los desperfectos y las mejoras.

De cualquier forma, advertido lo anterior, no hay inconveniente en hablar de “compensación” para expresar el concepto de que se trata.

V

NO NECESIDAD DE LA COMPENSACION ESPECIAL

La compensación en cuestión no es precisa (ni por ello, ha lugar a plantear problemas) en los Derechos que como el italiano actual (9), el alemán (10), el suizo (11), etc., adoptan el criterio de conceder al

(7) Aunque alguna sentencia, como la de 30 de abril de 1903, hable inexactamente de “obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 488 y 1.195”

(8) Sobre lo anterior, cfr., por ejemplo, Sánchez Román, pág. 573; Navarro Amandi, pág. 229 y 230; Demolombe, número 647.

(9) Artículo 985: “El usufructuario tiene derecho a indemnización por las mejoras que subsistan al momento de restituir la cosa. La indemnización debe consistir en la suma que sea menor entre el importe de lo gastado y el aumento de valor de la cosa por efecto de la mejora. La autoridad judicial, habida cuenta de las circunstancias, puede disponer que el pago de la indemnización prevista en los párrafos anteriores se haga a plazos, imponiendo en este caso una garantía adecuada.”

La modificación de criterio de no indemnizar por mejoras (Código de 1865) a sí hacerlo, no tuvo lugar sin ciertos pasos intermedios. El Proyecto de nuevo Código la acogía, pero con una importante cortapisa: que hubiesen sido hechas *con conocimiento y sin oposición* del dueño (art. 136). O, naturalmente, aunque no se dijese expresamente, de acuerdo con éste.

En general, aquella modificación fué acogida favorablemente, señalándose especialmente cómo ello puede constituir un estímulo para fomentar las inversiones que aumenten la capacidad productiva de los bienes. Cfr., por ejemplo, Niccolò, en D'Amelio, *Commentario al C. c., Libro della proprietà*, Firenze, 1942, pág. 613 y sgs.; Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, pág. 534; Pugliese, *Usufrutto, uso, abitazione*, en el “Trattato de Vassalli”, Torino, 1954, página 264.

(10) § 1.049: “Si el usufructuario hace en la cosa gastos a los que no está obligado, la obligación de indemnización del propietario se determina según las disposiciones sobre la gestión de negocios sin mandato.”

(11) Artículo 753: “El usufructuario que ha hecho gastos u obras nuevas sin estar obligado, puede reclamar indemnización cuando cese el usufructo, a tenor de las reglas de la gestión de negocios.”

Como se ve, es genéalo de lo dispuesto en el B. G. B. Y, en nuestra opinión,

usufructuario derecho a indemnización por mejoras. Entonces se le deberá el montante de tal indemnización. Y si causó desperfectos en los bienes usufructuados, deberá él, a su vez, indemnizarlos. Así, pues, procederá por las reglas generales, la compensación normal entre las sumas a que asciendan ambas indemnizaciones (12), pero no hará falta una compensación especial entre mejoras y daños.

Por otro lado, se quita —en principio— toda cuestión cuando en el título constitutivo del usufructo se establezca (así, por disposición del testador que lo concede, por acuerdo de donatario y donante (13) que regalando la nuda propiedad se reserva aquél, etc.), que las mejoras deben de ser indemnizadas o que no deben serlo los desperfectos (14). O cuando, aun independientemente de tal título, lo acuerden en general los interesados (así una vez establecido el usufructo, el usufructuario y el nudo propietario pactan que serán resarcibles cualesquiera mejoras que aquél lleve a cabo) o es decidido por éstos (y sólo para aquél supuesto concreto) a la vista de la mejora que se intente hacer. Pues en todos esos casos: bien porque hay derecho a indemnización por mejoras, bien porque falta el deber de abonar el valor de los desperfectos, no procede la compensación en estudio; ya que en aquel caso, si además de las mejoras, hay desperfectos, lo que procederá es la compensación normal entre las sumas a que asciendan ambos, y en éste, aunque haya mejoras, no habrá tampoco compensación, ya que ni estas ni los desperfectos son de abono.

VI

CASOS A QUE SE REDUCE LA COMPENSACIÓN ESPECIAL. DESPERFECTOS Y MEJORAS A QUE ALCANZA

Así, pues, a la vista de lo dicho, es claro que nuestro problema se reduce al caso de que el Ordenamiento (como en la hipótesis del

es la mejor forma de resolver —en principio— la cuestión de las mejoras. Lo que no quiere decir que no pueda plantear también muchos problemas.

(12) Lo que afirmamos en el texto sobre la inutilidad de establecer que los daños se compensen con las mejoras, si la ley concede derecho al abono de éstas, parece contradicho por el artículo 1.652, en el que “en el caso de comiso o en el de rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá de abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla”. Es decir, en el caso de enfiteusis se establece el derecho al abono de éstas. Iero, sin embargo, a continuación el mismo artículo dispone la compensabilidad de desperfectos y mejoras: “Si esta (la cosa) tuviere deterioros por culpa o negligencia del enfiteuta, serán compensables con las mejoras”.

Realmente, sin embargo, el artículo 1.652 no prueba que nuestra afirmación sea inexacta. Lo único que hay es que su segundo párrafo es inútil.

(13) No bastaría la declaración de éste, ya que la donación es contrato. Aunque en la práctica no vaya nunca el donatario a impedir que haya acuerdo, por oponerse a semejante cláusula redactada por aquél.

(14) Dentro de los límites en que sea posible. Y estimo que lo será, salvo que el desperfecto sea doloso (art. 1.102).

español) no establezca el abono de mejoras, y que las partes tampoco lo hayan regulado o suprimido el pago de desperfectos (pues éste la ley no lo suprime).

Vamos a ver en qué condiciones se neutralizan mejoras y desperfectos.

Para nuestro Código, que no pone límite alguno a la procedencia y circunstancias de unas y otras, parece que cualesquiera mejoras y desperfectos valen en los términos siguientes:

VII

DESPERFECTOS FORTUITOS Y CULPABLES

Aunque no lo diga explícitamente la ley, los desperfectos es obvio (además, arg. art. 1.652, 2.^º) que han de ser de aquellos de que responda el usufructuario (15). Bien porque le sean imputables (artículo 1.101), bien porque, aun sin serle (1.105), las partes hayan pactado o, en general, se haya establecido en el título constitutivo del usufructo —dentro de los límites en que ello es posible— que quedasen a cargo del usufructuario los daños procedentes de caso fortuito o de algunas hipótesis del mismo. Su responsabilidad arranca de éste haberse dispuesto a su cargo los casos fortuitos o de haberse causado los perjuicios por su culpa, cuando está obligado a cuidar la cosa (cfr., arts. 497, 481, 1.094).

Lo anterior presupuesto, no hay duda de que la compensación procede por desperfectos culposos, y que siempre que haya desperfectos, se presumen, salvo prueba en contrario, debidos a culpa del usufructuario (arg., art. 1.183).

VIII

DESPERFECTOS DOLOSONS (Y TAMBIEN MEJORAS DOLOSA)

Pero, ¿y por los dolosos? Puesto que la mala fe —en este caso el propósito de incumplir la obligación de cuidar la cosa, o, si se quiere, de obtener un resultado, incluso no por la mala fe de que sea dañoso, pero sabiendo que implica daño para aquélla— merece quizá especial sanción, ¿cabe aplicársela, negando al usufructuario la compensación que se le otorga si sólo fue negligente? Comoquiera,

(15) El Código argentino (art. 2.874) sí especifica: "deterioros que esté obligado a pagar". E igualmente el salvadoreño (art. 803) y el chileno (art. 801): "deterioros que se le puedan imputar".

También advierten que han de serle *imputables*, Manresa-Pou de Avilés, página 486; Scaevara, pág. 343.

que fuera de la compensación no tiene derecho al abono de las mejoras, negarle aquélla es simplemente quitarle la indemnización que supone el no hacerle desembolsar por razón de los desperfectos.

Falta un texto que semejantemente al artículo 495, 2.º, *ir fine*, del antiguo código italiano o el artículo 600 del venezolano, dijese que los compensables son los deterioros acaecidos "sin grave culpa del usufructuario". Lo que aún más, excluiría a los dolosos. O bien, que éstos solos quedan excluidos (16).

Sin embargo, algún autor como Santamaría (16 bis), entiende que por razones de equidad no se comprenden en el artículo 488 los desperfectos causados por dolo penal. Que no serían, pues, compensables.

De todas formas, aunque quizá por no plantearse específicamente la cuestión, es lo cierto que la mayor parte de los autores y de los códigos vistos (17) se refieren a desperfectos *imputables, culpables, etc.* y tan lo son los culposos como los dolosos. E incluso alguno —como Scaevola (18)— habla (aunque también, quizá, sin ánimo de decidir la cuestión que nos ocupa) de desperfectos causados por el usufructuario y "debidos a su negligencia o mala voluntad". Y otros (18 bis), después de advertir que el usufructuario responde de los desperfectos que causa *por su culpa*, y con mayor razón *dolosamente*, los estiman compensables en general, y sin excluir ninguno.

En conclusión, no me parece que para el Derecho español se pueda aceptar el principio de que son sólo compensables los desperfectos no dolosos.

Ahora bien, ocurre que aún dentro de los dolosos, hay categorías, y ¿cabría —excepcionalmente, se entiende— negar la compensabilidad, por especiales razones de algunos de ellos?

En mi opinión sí, acudiendo a la teoría del abuso del derecho. En efecto, se pueden distinguir dos clases de dolo en esta cuestión de la relación entre desperfectos y mejoras (19): 1.º Los desperfectos

(16) La repetida exclusión no puede apoyarse en argumento de analogía sobre el artículo 1.652, 2.º, principio, que habla, para la enfeiteusis, de que serán compensables con las mejoras los deterioros "por culpa o negligencia". Pues el espíritu de este artículo comprende también los desperfectos dolosos, por la razón siguiente: Se refiere, no como en el caso del usufructo, a que se deban indemnizar los desperfectos, pero pueden compensarse con las mejoras, sino a que deban de ser abonadas las mejoras, pero pueden compensarse con los desperfectos. Luego, sería absurdo que el dueño directo no pudiese alegar en compensación a las mejoras que ha de pagar, los desperfectos causados dolosamente por el enfeiteuta, ya que ello, en vez de ser perjudicial para éste, le sería favorable.

A parte de que, como ya hemos dicho (*supra*, nota 12), ese párrafo 2.º del artículo 1.652 es inútil.

(16 bis) *Comentarios al C. c.*, I, Madrid, 1958, pág. 522.

(17) *Supra*, nota 15.

(18) Pág. 343.

(18 bis) Planiol, núms. 2.867 y 2.868; Planiol-Ripert-Boulanger, núms. 3.643 y 3.644; Planiol-Ripert-Picard, núms. 876 y 877.

(19) Todo lo que decimos a continuación, aparte de la responsabilidad penal en que se pudiese incurrir como autor de daños (C. penal, arts. 557 y sgs.; u

realizados de mala fe simplemente. 2.^o A) Los desperfectos realizados de mala fe, pero con el propósito de que el valor de la mejora sea absorbido por el menoscabo que el desperfecto produce (como si, ante el caso de no poder retirar aquélla, el usufructuario causa un daño para que el dueño no se enriquezca recibiendo la cosa indemne y, además, mejorada). B) La mejora realizada porque, sabiéndose existente el daño, se desea que el dueño no cobre la cuantía de éste, sino que reciba en su puesto la mejora que el usufructuario haga. Lo cual es realmente insólito, porque a éste igual le da el desembolso para reparar aquél que para mejorar. Pero que quizá es posible, por el simple afán de causar una perturbación, si al dueño, por razones particulares le conviene más la reparación del desperfecto que la mejora, o si de cualquier modo, el usufructuario puede conseguir con menor sacrificio —porque disponga de especiales facilidades— una mejora objetivamente más valiosa que lo que le costaría reparar el daño.

Los desperfectos *sub 1.^o*, son comprensibles con las mejoras, porque en ellos recibe aplicación la regla del 488. Pero los desperfectos *sub 2.^o*, A. y las mejoras *sub 2.^o*, B. no son compensables, porque al causar los unos o al hacer las otras (independientemente del aspecto penal y pensando sólo en que se reclamase civilmente por daños), hay un abuso de derecho por parte del usufructuario, ya que usa torcidamente de su derecho a compensar (20): puesto que en *sub A*, no pudiendo retirar la mejora, el causar el desperfecto para que el otro no se enriquezca es usar del derecho a la compensación con el simple fin de dañar; y en *sub B*, no puede admitirse que la ley haya concedido un derecho a compensar con cualquier mejora que deseé el usufructuario, cuando lo justo es que el dueño reciba la indemnización por el desperfecto, y no un valor invertido en cualquier otra cosa que el otro decida (lo que en definitiva, sería disponer sin justificación alguna del bolsillo ajeno). Habida cuenta de estas consideraciones y de la indudable conducta antisocial del usufructuario, parece que su acto cae dentro del terreno del abuso del derecho, y por este abuso y no porque el daño sea doloso queda fuera de compensación, constituyendo una excepción a la regla del artículo 488, según la que —en principio— la compensabilidad alcanza a cualquier desperfecto aun doloso.

Podría pensarse que la no compensabilidad de mejoras con los señalados desperfectos dolosos, realizados con abuso de derecho, tiene, a su vez, una excepción. Sería la siguiente: cuando de las circunstancias en que la mejora fue hecha (así, en la razonable creen-

otros, si el daño constituyó otra figura de delito: así, arts. 547 y sgs.) y de que no hubiese compensación porque, por razones procesales, la responsabilidad civil procedente del delito pudiere ser hecha efectiva omisión hecha del valor de las mejoras.

(20) Piénsese, incluso, que en la mentalidad del Código el derecho a compensar es un derecho excepcional (pues generalmente la mejora no ha de ser resarcida), y que si grave es el abuso de un derecho normal, más lo es el de uno excepcional.

cia —por cualesquiera datos que concurriesen en el acto concreto— de que, a pesar de que la ley no concede derecho a su abono, éste se obtendría), de las en que el dueño se niegue a indemnizarla, de las en que sea imposible (o prohibitivamente costoso) retirarla y de las en que se produzca al dueño —adquiriéndola— un enriquecimiento, resulte base suficiente para estimar que ésta obra aprovechándose injustamente de la situación para abusar de su derecho a quedársela sin indemnización, se podrá apreciar que este abuso neutraliza al del usufructuario, y entonces el desperfecto doloso abusivo que éste cause, será, a pesar de todo, compensable con la mejora, porque ambos abusos se neutralizan, y se aplica la regla de compensabilidad que en principio, según dijimos, alcanza, incluso, a los desperfectos dolosos.

En síntesis, se diría: si censurable es la conducta antisocial del usufructuario y su infracción de todos los dictados de la buena fe, tampoco lo es menos la de quien, mejorada su finca a costa del usufructuario, en ciertos casos en que la equidad lo imponga especialmente, no quiere resarcir a éste en nada, sabedor de que la mejora no puede ser retirada.

Ahora bien, todo ese razonamiento para neutralizar el abuso de derecho del usufructuario con el abuso del derecho del dueño, tendría un fallo. El siguiente: el usufructuario puede retirar la mejora o incluso destruirla (21) si no es retirable o no quiere retirarla. Ahora bien, ese es el único camino aceptable para cortar el abuso del derecho del dueño que pretende enriquecerse sin abonársela. Pero no es justo que en vez de retirar o destruir ésta, dañe a otra parte o sector de los bienes usufructuados. Por ello, siempre hay abuso del derecho del usufructuario —y no son compensables, pues, los daños que cause— cuan-

(21) Esta afirmación puede parecer un tanto incivil, y entenderse que encierra otro abuso de derecho, pues si el usufructuario sabe que las mejoras no hay obligación de indemnizárselas y, a pesar de todo, las hace, cuando luego no se le quieren indemnizar, el destruirlas para que ya que no le benefician a él no beneficien a otro, no es precisamente un acto de carácter social. Ahora bien, no se debe olvidar que quizás sea a veces el único remedio para forzar a una indemnización que, no dada por el dueño por ser equitativa (aunque la ley no la establezca), puede, sin embargo, darla por el egoísmo de que no le sea destruido lo que incluso sabe vale más de lo que le va a costar.

En principio creo, pues, que la mejora puede ser destruida. Exceptuándose los casos en que la ley prohíba dañar cosas propias (así las de utilidad social: C. penal, art. 562). Ello se deduce del propio artículo 487, *in fine*, que sólo se preocupa de que no sufran detrimiento los bienes *usufructuados* (no los en que la mejora consiste). Y que son los usufructuados, y no los en que la mejora consiste, lo prueba, aunque no lo diga expresamente, el fin que el artículo 487 persigue, el artículo 447 del Proyecto de 1851 (que, más explícitamente, decía: "sin detrimiento de las cosas objeto del usufructo"), el 454 del C. c. y el 23, 2º, del R. A. R. Asimismo, el artículo 18 del D. L. de 21 de noviembre de 1929, que literalmente permitía *destruir* las mejoras. Igualmente, cfr. Manresa-Pou de Avilés, pág. 485; Navarro Amandi, pág. 228; Sánchez Román, pág. 542.

Naturalmente que la destrucción de la mejora no permite que la cosa se deje con desperfectos, sino que hay que restituirla a su antiguo estado.

do ocasiona desperfectos no en la mejora, sino en la cosa, para evitar el enriquecimiento del dueño.

IX

CUALESQUIERA OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE LOS DESPERFECTOS

Dentro de los límites vistos, los desperfectos cabe que sean de cualquier tipo. Con tal de que recaigan sobre los bienes usufructuados, pueden darse en otra parte distinta a la que afecta la mejora (21 bis), y consistir en daños positivos o en falta de reparaciones de las que son de cargo del usufructuario (art. 500 C. c.) (22), y proceder lo mismo del usufructuario personalmente, que de otra persona o causa, con tal de que la responsabilidad por ello recaiga sobre el usufructuario (así art. 498).

X

LAS MEJORAS, EN GENERAL.

Las mejoras compensables con los desperfectos, también pueden ser de cualquier clase—útiles o suntuarias, susceptibles de ser retiradas o no—con tal de que efectiva y objetivamente produzcan un aumento en el valor de los bienes (23) que subsista al ser devuelto al dueño.

XI

MEJORAS SUNTUARIAS

Santamaría (24) cree que: "Es dudoso si el usufructuario podrá dar en compensación de los desperfectos, mejoras simplemente suntuarias. El precepto no distingue. Pero, admitiendo la tesis afirmativa, siempre habría que estimarlas por el acrecimiento de valor que por ellas pudiera alcanzar la cosa, y no más".

En mi opinión, técnicamente, en cuanto que la mejora suntuaria puede representar un aumento de valor de los bienes, es indiscutible que puede servir para compensar desperfectos. Pero ocurre que prácticamente pueden haberse producido éstos de forma que hagan disminuir la productividad de los dichos bienes, y, no aumentando ésta las mejoras suntuarias, resultaría que al dueño se le devuelve una cosa tan valiosa como antes (porque el menor valor por el desperfecto lo absorbe el mayor por la mejora), pero mermada en sus rendimientos.

En el fondo de las vacilaciones sobre la admisibilidad en compensación de las mejoras suntuarias late ese temor.

(21 bis) Véase *infra*, XIII.

(22) En el mismo sentido, Scaevara, pág. 342.

(23) Cfr. Manresa-Pou de Avilés, pág. 486; Scaevara, págs. 342 y 343.

(24) Pág. 522.

También quizá la no clara admisión de las mejoras suntuarias pueda proceder de las disposiciones que sobre ellas contiene la legislación arrendaticia rústica, en cuanto, por analogía, se pueda entender que sirva en algún modo para resolver al menos ciertas hipótesis del caso presente.

En efecto, el R. A. R. dispone en el art. 21, 1.^o, que: "Las mejoras de adorno o comodidad serán de cuenta de quien las ejecuta, sin derecho a indemnización alguna", y en el art. 20, 3.^o y 4.^o dice que son mejoras "útiles las que... produzcan aumento en la producción de la finca o en *su valor*. Y de abono o comodidad (suntuarias) las que simplemente contribuyen al embellecimiento de la finca o a la comodidad del que la disfruta".

Ante la total falta de derecho a indemnización, se puede pensar que, como, al fin y al cabo, la mejora que se compensa con los desperfectos debería, al menos potencialmente (aunque para el usufructo lo suprima el art. 487), ser indemnizable (ya que son una indemnización y otra las que realmente se compensan), no siéndolo la suntuaria, no sirve para compensar.

Por otro lado, si realmente es mejora útil la que aumenta la productividad o *el valor* de la cosa, a contrario, es que las suntuarias no aumentan no ya aquélla, sino tampoco éste; y por ello, sin aumentar el valor, no pueden servir para compensar.

Mas, realmente, es que lo anterior no es exacto, porque el sentido literal de legislación de arrendamientos rústicos no es muy feliz. Y ocurre que una mejora puede ser útil sin aumentar la productividad (como si sirve para dar mayor consistencia o seguridad o solidez a una construcción), pero aumentando el valor; y la mejora suntuaria, no porque sea suntuaria (es decir porque aumente no la productividad o la solidez, etc., sino sólo la belleza o la comodidad) está necesariamente excluida de aumentar el valor de la cosa. Lo que pasa es que el aumento de valor que —cuando lo produzca— produce la mejora suntuaria, es un aumento, no porque la cosa se ha hecho más útil, más sólida, más resistente, etc., sino porque se ha hecho más bella, más cómoda, lo que también vale dinero (así, decorar los muros, etc.), y hace subir el precio de la cosa.

El aumento del valor de ésta, como valor en venta, no va siempre ligado al aumento de productividad —digamos ahora, a nuestros efectos, aunque sea inexacto, valor en renta—. Pero tan aumentar pueden el valor en venta (aunque no aumenten el en renta) las mejoras útiles como las suntuarias. E incluso éstas —lo mismo que aquéllas— pueden aumentar la —diríamos— productividad (o valor en renta); como si, por estar decorada con frescos los muros de una finca, se alquila más cara.

Volviendo al comienzo de esta disgresión, y a la creencia expuesta de que la vacilación de algún autor sobre la aptitud para compensar desperfectos, de las mejoras suntuarias, pueda venir, al menos en parte, del temor de dar al dueño una cosa tan valiosa como antes, pero me-

nos productiva, porque las mejoras aumentaron el valor, pero los desperfectos disminuyeron el rendimiento, creo que —a falta de acuerdo entre los interesados— los Tribunales que hayan de decidir la cuestión tienen libertad para en la fijación del valor que la mejora aumenta, y del que el desperfecto disminuye, tomar en cuenta no sólo el valor de venta, sino el en rendimiento, conjugando uno y otro, de manera que el valor conjunto que se asigne a la cosa con desperfecto, por un lado, y, por otro, mejorada, pueda ser inferior al en venta (que la mejora suntuaria cabe incluso haya puesto muy alto), porque sea el suyo un valor improductivo. Ello porque no es admisible que, apreciando sólo el valor en venta, por razón de la mejora, se vaya a forzar al dueño a vender la cosa si quiere sacar utilidad al capital que representa; o se le vaya a forzar a —si no quiere vender— tener empleado un capital improductivo en un bien que antes le rendía, pero que, devuelto deteriorado, no rinde ahora, por los deterioros, pero vale más, por las mejoras.

XII

MEJORAS RETIRABLES Y NO

La compensación procede, hemos dicho, sean o no retirables las mejoras (25), puesto que tampoco la ley distingue en este punto.

En el caso de que no puedan retirarse es cuando más justificado está el 488, en cuanto evita lo que se ha considerado poco equitativo: pagar por los desperfectos, y no cobrar por aquéllas, y esto sin defensa, por no poder retirarlas.

Ahora bien, siendo retirables, y cuanto más fácilmente lo sean más (26), se justifica menos que el dueño haya de tomarlas en compensación, porque el usufructuario lo haya decidido. Ya que, en el fondo, cuando sean normalmente retirables, y conserven su valor después de retiradas, ocurre que el usufructuario al tener la facultad de dejarlas en compensación por los desperfectos, se encuentra posibilitado de imponer al dueño una verdadera —valga la expresión— compra forzosa (cosa, la mejora; precio, la cuantía de la indemnización por desperfectos). Lo que no parece equitativo, ya que, aparte de otras razones, al dueño le puede interesar más el dinero que la mejora; y puesto que ésta es retirable, ¿por qué no obligar al usufructuario a retirarla?

Creemos que la facultad de éste de imponer la compensación es exagerada en este caso. Incluso interpretando el 488 a la luz del fin que persigue, cabría, quizás, negar dicha facultad en tal caso.

Aun admitido que, ante la letra de la ley, el usufructuario tenga

(25) En el mismo sentido, Manresa-Pou de Avilés, pág. 486; Santamaría, pág. 522; Scaevara, pág. 344.

(26) Y la cuestión irá de mayor a menor, según sea, por un lado, más difícil o costoso retirarlas, o más fácil y barato, y por otro, según la mejora, separada de la cosa, en poder del usufructuario tenga más o menos valor.

derecho a compensar con mejoras retirables, parecería de equidad que el dueño pudiese librarse de la compensación (si no le interesa) costeando la retirada y la pérdida de valor que la mejora experimentase con dicha retirada. Ahora bien, acontece que desde el punto de vista práctico ello no plantea grave problema, porque: 1.^º Soportando tales gastos y pérdida, el dueño al que se dejó la mejora, podría de hacerse de ella encontrando otro comprador. 2.^º Si es que la mejora no es de fácil salida, ello habrá debido ser tenido en cuenta para estimar en menos el aumento de valor que proporcionó a los bienes, hasta ajustar ese a ambos factores, con lo que desaparece el eventual perjuicio del dueño.

XIII

NO NECESIDAD DE QUE DESPERFECTOS Y MEJORAS ESTEN RELACIONADOS

A tenor de la letra de nuestra ley —compensar los *desperfectos de los bienes* con las *mejoras que en ellos hubiese* (el usufructuario) *hecho*— entre desperfectos y mejoras no es preciso que haya ninguna relación (así, como versar sobre la misma parte o aspecto de los bienes, o estar ligados por haber sido preciso realizar primero aquéllos, para después introducir éstas, por ejemplo: si se desmonta o suprime algo para en su puesto poner otra cosa mejor). Basta que simplemente unos y otras recaigan sobre los bienes usufructuados, incluso en partes distintas de los mismos, independientes entre sí.

Por otro lado, como ya apuntamos, hay que negar que es que, globalmente considerada la cosa, sólo se puede decir que está dañada cuando el valor de los desperfectos supere al de las mejoras. De admitir este punto de vista —como también señalamos ya— no sería preciso haber establecido la compensabilidad de daños y mejoras, ya que bastaría decir que no hay daños, en la parte en que aquéllas igualan a los desperfectos.

XIV

NO COMPENSABILIDAD DE OTRAS INDEMNAZIONES NO PROCEDENTES DE DESPERFECTOS

Dado el carácter excepcional de la compensación entre *desperfectos* y mejoras, y puesto que la letra de la ley sólo se refiere a aquéllos, puede asegurarse que no procede la compensación en cualquier otra hipótesis en que el usufructuario deba al propietario el abono de cantidades por razón del usufructo (por ejemplo, arts. 502, 1.^º; 505, 2.^º, etcétera). En tales casos el usufructuario habrá de satisfacer aquéllas con absoluta independencia de las mejoras.

XV

LA COMPENSACION ES SOLO FACULTAD DEL USUFRUCTUARIO

En los términos vistos, la facultad de compensar corresponde al usufructuario. De modo que depende de su sola voluntad el dejar las mejoras a cambio de los desperfectos. El dueño ha de aceptarlo. Y aunque lo deseé, no puede impedir que si aquél lo prefiere retire las mejoras y pague los desperfectos.

XVI

TIEMPO DE REALIZACION DE DESPERFECTOS
Y MEJORAS

Unas y otras han de haberse producido durante el usufructo. Así que si han tenido lugar una vez cesado, en el tiempo que pueda haber transcurrido hasta la devolución de la cosa, el art. 488 no se aplica. Aunque, naturalmente, de la cuantía de los desperfectos producidos en ese período sea también responsable el usufructuario.

XVII

VALORES QUE SE COMPARAN

En cuanto al balance que abarque unas y otros, el criterio de la ley es comparar tres valores: el de la cosa, tal cual debía devolverse, el que tenga en menos por causa de los desperfectos y el que tenga en más por las mejoras. Estos dos últimos se compensan entre sí.

Se trata de estimar las mejoras subsistentes al tiempo de la devolución de los bienes, y por lo que valgan entonces. Ello lo prueba tanto la forma de expresarse el art. 488 como la analogía de lo que se dice en el 458, en el 1.652 y en el 22, 5.^o de R. A. R., y, sobre todo, el fin de la norma, que es evitar el enriquecimiento del dueño, enriquecimiento que no se daría, aunque se hubiesen realizado mejoras, si éstas no subsistieren o no valen a la devolución.

Por otro lado, no asiste al dueño porque la ley no se la concede, la facultad de elegir —como en el caso del art. 453— entre el aumento de valor que la cosa haya experimentado por las mejoras, o el importe de los gastos que hacer ésta hubiese costado al usufructuario (27).

(27) Ni vale por analogía lo dispuesto en R. A. R., artículo 22, 5.^o, (abono de "los gastos o desembolsos invertidos en la realización de la mejora, con deducción de la merma del valor que hubiese experimentado la cosa en que consista aquélla por el transcurso del tiempo").

El valor de las mejoras no es ni siquiera el que tengan —valorados al momento de la devolución— los materiales y el trabajo empleados, sino el que los mismos supongan unidos a los bienes, según las circunstancias de éstos. Así, que, pongamos por caso, en el ejemplo antes citado, de perfeccionar el acceso a la finca, haciendo, en vez del carril existente, una costosa carretera con materiales de primera calidad, la mejora sólo debe ser computada, no absolutamente según el precio de la susodicha carretera en sí, sino según lo que una vía de entrada en condiciones adecuadas a las circunstancias aumentaría el valor de la finca.

Si no hay acuerdo entre los interesados sobre la fijación de valores de desperfectos y mejoras, decidirán, naturalmente, los Tribunales.

XVII

CASO DE EXISTIR PLURALIDAD DE MEJORAS QUE SOBREPASEN EL VALOR DE LOS DESPERFECTOS

El mayor valor de los desperfectos, deja subsistente a favor del dueño el correspondiente crédito por la diferencia. Si son las mejoras las que valen más, no tiene derecho a ningún abono el usufructuario, ya que las mejoras no han de serle indemnizadas (art. 487). Pero podrá retirar —si no perjudica a los bienes— las que sobrepasen el valor de los desperfectos.

Aunque la ley no prevea el caso, creo justo que se reconozca al dueño (que es el que, en definitiva va a pagar las que no se retiren) la facultad de decidir con qué mejoras, de entre las hechas, desea se compensen los desperfectos existentes. No estando conforme el usufructuario con la elección, no parece justo permitirle que imponga su criterio; sólo le cabrá optar por retirar incluso las que el otro hubiese elegido, y, renunciando a compensar, pagar los desperfectos.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil

GABRIEL GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. DERECHO ROMANO.—3. DERECHO COMPARADO. A) *Derecho francés*. B) *Derecho austriaco*. C) *Derecho belga*. D) *Derecho holandés*. E) *Derecho italiano*. F) *Derecho portugués*. G) *Derecho alemán*. H) *Derecho suizo*. I) *Derecho griego*. J) *Conclusiones que se deducen del Derecho comparado*.—4. DERECHO ESPAÑOL: LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 1.591 DEL C. C. A) *La Ley 21, Tít. 32 de la Partida 3.^a* B) *La doctrina del siglo XIX*. a) La intervención del arquitecto en el contrato de obra. b) El problema de los vicios. c) La presunción de culpa a cargo del contratista, arquitecto o maestro de obras. C) *El artículo 1.532 del Proyecto de Código de 1851*.—5. LA RESPONSABILIDAD POR RUINA DE LOS EDIFICIOS EX ARTÍCULO 1.591. A) *El problema de su naturaleza jurídica*. a) La letra del párrafo 1.^a del artículo 1.591 tanto autoriza una interpretación contractual como extracontractual. b) Es muy dudoso que el citado párrafo establezca una obligación de saneamiento por vicios ocultos del edificio. c) Los precedentes históricos del artículo 1.591. d) La tesis de la responsabilidad extracontractual es la única que permite una interpretación sistemática de los artículos 1.591 y 1.909 que atribuya a ambos plenitud de sentido. e) La interpretación propuesta ayuda mejor a resolver el conflicto de intereses en juego. B) *Régimen de la acción basada en el párrafo 1.^a del artículo 1.591*. a) Legitimación activa y pasiva. b) El daño. c) La culpa. d) Duración de la garantía. e) La duración de la acción. f) La indemnización de daños y perjuicios. g) Limitaciones convencionales de esta responsabilidad. C) *La acción "ex contractu" basada en el párrafo 2.^a del artículo 1.591*.

1. PLANTEAMIENTO

Dentro de la regulación legal, insuficiente a todas luces y carente de sistema, del contrato de obras por ajuste o precio alzado que se contiene en nuestro Código civil, hay un precepto, extraño a primera vista por su contenido normativo, cuya interpretación plantea buen número de interrogantes, apenas aclarados hasta ahora por la doctrina (1), y que ha originado una jurisprudencia sorprendentemente es-

(1) Tratan del tema con algún detenimiento: MANRESA, *Comentarios*^o, vol. X (Madrid, 1908), com. el art. 1.591, páginas 750-758; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado* (Madrid, 1915), vol. XXIV, comentario al art. 1.591, p. 83-104; TRAVIESAS, *Contrato de arrendamiento*, en *RDP*, 6 (1919), 45; DE BIEN, *Notas al Curso elemental de*

casa (2). Se trata del artículo 1.591, cuyo texto literal es el siguiente:

“El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción;

Derecho civil de Colin y Capitant IV (Madrid, 1925), p. 377; *NART, Contrato de obra y empresa*, en *RDP*, 35 (1951), 823; *BONET, Código civil comentado* (Madrid, 1962), p. 1266.

Hay que citar también, aunque se trata de un estudio sobre una materia distinta, si bien muy conexa, a *SALOM ANTEQUERA, La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas, según el Código civil español* (Discurso Universidad de Valencia 1940), esp., p. 61 ss.

(2) Sin pretensiones de exhaustividad, podemos citar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

s. 20 marzo 1893: Reclamación del dueño contra el arquitecto; ofrece un interés relativo por aplicar la legislación de Partidas.

s. 20 abril 1915: Reclamación del dueño contra el contratista; interesante por aclarar en un extremo el alcance de la indemnización que establece el artículo 1.591.

s. 17 junio 1930: Reclamación del dueño contra el contratista y el arquitecto, declaración de la responsabilidad de éste por el hundimiento parcial de la techumbre de un edificio (se trataba del llamado Palacio de la Música, de Madrid) debida a vicio del proyecto.

s. 16 febrero 1957: Reclamación, por vía de reconvención, del dueño contra el aparejador-constructor; de escasa doctrina.

s. 19 febrero 1959: Reclamación del arrendatario de un local contra la propietaria del mismo y los constructores encargados de la reparación de una techumbre; importante por la extensión con que se concibe la legitimación activa para accionar ex art. 1.591, así como por incluir las obras de reparación dentro del concepto de “construcción de un edificio”, y declarar la inexistencia de solidaridad entre los dos contratistas que realizaron las obras. (En el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi esta sentencia se incluye bajo el epígrafe de culpa extracontractual).

s. 20 noviembre 1959: Reclamación del dueño contra el constructor; interesa la doctrina contenida en el 2.º Considerando sobre el concepto de ruina.

s. 5 mayo 1961: El adquirente por compra de un edificio demanda al constructor del mismo, al arquitecto y al aparejador; contiene importante doctrina sobre la legitimación del adquirente, sobre la responsabilidad del aparejador y sobre la solidaridad existente entre los diversos responsables.

s. 7 marzo 1962: Reclamación del dueño contra el constructor invocando el art. 1.591, y contra el arquitecto y el aparejador con base en el art. 1.124; se trataba de una obra todavía en construcción, y al ser desestimada la primera de las acciones indicadas, el interés de esta sentencia es reducido.

Sabido es que las sentencias de instancia no son objeto en España de atención por la doctrina. Aunque existen varias revistas que han comenzado a publicarlas, todavía no puede decirse que vean la luz todas, las de nuestras Audiencias Territoriales, y mucho menos las de los Juzgados de Primera Instancia. En esta materia sólo hemos encontrado la s. 17 marzo 1953 de la A. T. de Valencia (confirmada por la del T. S. de 19 febrero 1959) y la de 16 mayo 1957 de la A. T. de Burgos (publicadas, respectivamente, en *RGD*, 1953, p. 242, y 1958, página 752).

Parcece que el gran crecimiento urbanístico experimentado por algunas ciudades españolas durante los últimos años —en no pequeña parte debido a la iniciativa privada— debiera haber dado lugar a una litigiosidad abundante en materia de defectos en la construcción de edificios. Ello no ha sido así, y acaso ofrezca interés un estudio sociológico de las causas a que obedece la escasez de pleitos en esta materia. Hace ya muchos años, con su acostumbrada agudeza, *MUCIUS SCAEVOLA* observaba idéntico fenómeno: “En Francia, la jurisprudencia:

igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años."

Un examen superficial de este precepto nos dice que la ruina de un edificio construido puede dar lugar a una triple responsabilidad:

Conforme al párrafo primero, la responsabilidad puede resultar:

a) A cargo del contratista, si aquélla obedece a vicios de la construcción.

b) A cargo del arquitecto, si debe su origen a vicio del suelo o de la dirección.

Mientras que el párrafo segundo parece establecer únicamente una responsabilidad:

c) A cargo del contratista, si aquélla ha sido causada por incumplimiento de las condiciones del contrato.

Aparte secundarias diferencias de expresión gramatical (3), entre los dos párrafos del artículo 1.591 se advierten fundamentales divergencias normativas. Destaca, primieramente, la diferencia de plazos (diez y quince años, respectivamente), siendo de observar que, en nuestro Derecho, el plazo de diez años es poco frecuente (4); se trata, además, de plazos que parecen cumplir distinta función (duración de la garantía en el caso de los diez años; duración de la acción, en el supuesto de los quince años). Sorprende también la mención del arquitecto en el párrafo primero —que no se reitera en el segundo—, y que parece fuera de lugar, ya que el vínculo jurídico que le liga al dueño de la obra se considera normalmente que es un arrendamiento de servicios (5); mención, por parte, poco coherente con el artículo 1.593,

sobre el contrato de obras por ajuste alzado es muy copiosa; en España, pobrísima, casi nula, lo que revela una de tres cosas: o que se construye poco, o que se construye muy bien, o que capitalistas y empresarios son gente avisada y diestra en las sirtes de la vida..." (Op. cit., p. 102 s.).

(3) La estructura gramatical del precepto es distinta en ambos párrafos: mientras en el primero se atiende a señalar preferentemente el sujeto pasivo de la responsabilidad ("el contratista de un edificio", "el arquitecto que lo dirigiere"), en el segundo se destaca en primer plano la causa de la ruina ("la falta del contratista a las condiciones del contrato"), quedando en la penumbra la persona responsable.

Es indudable que en el segundo párrafo la oración gramatical está incompleta, sobreentendiéndose algunos elementos del primero, sin los cuales carecería de sentido; en consecuencia, hay que leerlo así: "Si la causa de la ruina del edificio fuere la falta del contratista... etc."

(4) Hay un plazo de diez años dentro de la prescripción adquisitiva en el artículo 1.957 del Código civil, relativa a la adquisición del dominio y demás derechos reales entre presentes. Es curioso hacer constar que dicho precepto parece proceder del artículo 2.265 del Código francés que figura, a su vez, en una sección titulada "De la prescripción de diez y veinte años", en la cual se incluye también el artículo 2.270, al que luego aludiré por tener íntima relación con la materia aquí estudiada.

(5) Para BLANCO SOLER, *Contratos sobre construcción de edificios*, en *RCDI* 19 (1943. 654, "La posición del arquitecto en nuestro Derecho, redactando el proyecto y dirigiendo la obra, cabe dentro de la figura del contrato de servicios

que emplea la disyuntiva, mientras que aquí se utiliza la copulativa. En cuanto al círculo de personas legitimadas activamente para ejercitar la acción ex artículo 1.591, el texto legal, en su primer párrafo, es poco expresivo, pues no se dice si corresponde sólo al dueño de la obra, o también a otras personas (adquirentes del edificio, usufructuarios, arrendatarios, etc.), mientras que en el segundo párrafo parece limitarse a la otra parte contratante. Pero, sobre todo, no se aclara si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, y, en todo caso, la relación de este precepto con el artículo 1.909 del propio Código (6).

Todo ello parece legitimar una investigación sobre la génesis del artículo 1.591, sus precedentes históricos y las orientaciones actuales del Derecho comparado, para desentrañar su verdadero significado y alcance.

2. DERECHO ROMANO

Dentro del ámbito del Derecho privado romano ningún pasaje de las fuentes regula la responsabilidad del *conductor* cuando el edificio se arruina por culpa suya después de entregada la obra. El supuesto contemplado en D. 19, 2, 59 se refiere a un caso de ruina por caso fortuito (7).

Advierte Schulz (8) que el derecho clásico de arrendamientos produce impresión de pobreza si se compara con el moderno, pero precisa tener en cuenta que las condiciones sociales y económicas de Roma diferían grandemente de las actuales. Esta observación genérica que hace el ilustre romanista respecto a la *locatio-conductio*, parece puede aplicarse con toda propiedad a la *l. c. operis*. Añade el propio autor que las normas tan complicadas, referentes a la evicción y a los vicios cualitativos de la compraventa, no se aplicaron al arrendamiento, ni tampoco el Edicto de los Ediles. En particular, respecto a los riesgos, considera vigente la regla *periculum est conductoris*; y así, si un ar-

en sentido amplio". En igual sentido, la jurisprudencia más reciente: s. de 7 junio 1958, confirmando la doctrina de las de 16 febrero 1935, 18 enero 1941 y 22 diciembre 1955. Es importante la citada en primer lugar porque en el recurso —que fué desestimado— se pretendía que el encargo conferido al arquitecto de redactar el proyecto y dirigir la obra fuiese calificado de contrato de arrendamiento de obra.

Para el Derecho uruguayo, cfr. SÁNCHEZ FONTANS, *El contrato de construcción* (Montevideo, 1953) I, p. 96 ss., que califica de arrendamiento de obra la actividad del arquitecto en cuanto a la elaboración del proyecto, dirección y vigilancia de los trabajos y verificación y aprobación de las cuentas.

(6) Que la doctrina, normalmente, no aclara. Cfr. últimamente SANTOS BRIZ, *Derecho de daños* (Madrid, 1963), p. 360, que se limita a poner en relación el artículo 1.909 con el 1.591, sin profundizar en sus relaciones.

(7) D. 19, 2, 59: "Marcius domum faciendam a Flaccoce conducterat: deinde operis pars effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, voluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum".

(8) SCHULZ, *Derecho Romano clásico* (trad. esp. Santa Cruz Teigeiro) (Barcelona, 1960), p. 520 ss.

quítecto asumía la tarea de dirigir la construcción de una casa y ésta, a medio construir, sufría los efectos de un incendio, no podía reclamar remuneración alguna y venía obligado a construir otra casa, aunque —concluye Schulz— resulta dudoso si los juristas clásicos aplicaron inflexiblemente norma tan rigurosa (9).

En definitiva, parece que el caso propuesto habrá que resolverlo por las normas generales, según las cuales ambas partes contratantes eran responsables por *dolus* y *culpa*.

Sin embargo, en el Derecho público romano una disposición establece expresamente la responsabilidad durante quince años, a partir de la fecha de la conclusión de la obra, y a cargo de los *curatores* de las obras públicas, a menos que el vicio se deba a caso fortuito. Se trata de una Constitución dictada el año 393 por Graciano, Valentíniano y Teodosio, y que dispone lo siguiente:

“Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum vel pecunia ad extictionum solito mora decreta, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitum tempus provenierit, de eorum patrimonio, exceptis tamen his casibus qui sunt fortuiti, reformatur.” (C. Th. XV, 1, 24.)

La responsabilidad alcanza a los *curatores* de las obras públicas y a sus herederos; comprende no sólo el supuesto de ruina, si no cualquier vicio en la edificación; se fundamenta en la culpa, ya que se excluye el caso fortuito; la acción está dirigida a obtener la reparación *in natura*.

Esta Constitución se reproduce con una leve variante (10) en el *Code Justinianus* (VIII, 11, 8), pasa al Derecho intermedio (11), y sirve de fundamento a las modernas codificaciones (12), aunque la doc-

(9) La regla de que *periculum est conductoris* suscita, no obstante, abundantes discusiones, a la vista de algunos pasajes de interpretación dudosas, como D. 19, 2, 36; 19, 2, 37; 19, 2, 59; 19, 2, 62. Cfr. sobre ellos DOCHNAL, *Die Gefahrtragung beim Werkvertrag nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuch* en Jhering's *Jahrbücher* N. F 12 (1904), 246 ss.

(10) Consiste en la sustitución de *decreta* por *credita*.

(11) La acepta CIRACIO, *Ad Codicem Justinianus recitationes solennes en Operum postumorum V* (París, 1658), col. 1.227:

“Placet autem valde constitutio legis 8 huius tit. ut curatores operum publicorum (id est, quos respub. praefecit officiando operi, vel quibus pecuniam decrevit ad effectuonem operis publici) recipub. teneantur ab opere absoluto usque in annos 15 si quid ruat, aut findatur vitio operis, non si casu fortuito, non si vi aut ruina. l. 1 § ult. de pollicit.”

(12) En la doctrina francesa, se refiere a esta Constitución del *Code* como precedente del artículo 1.792 del Código Napoleón. J. REMY, en la edición de las *Oeuvres complètes de J. Domat* I (París, 1.835), p. 218. Para la doctrina italiana, cfr. PACIFICI-MARZONI, *Istituzioni di dir. civ. ital.* (5.^a edi. a cargo de Venzi) V-2.^a (Torino, 1927), p. 122, nota 1; DI MARZO, *Le basi románistiche del Codice civil* (Torino, 1950), p. 292; este último autor, como precedente del artículo 1.669 del Código italiano de 1942. Para el derecho español: Gregorio LÓPEZ, en su *Glosa a Las Siete Partidas* II (Madrid, 1789), pg. 444, como precedente de la Ley 21, título 32. Partida 3.^a; Benito GUTIÉRREZ, *Códigos o*

trina pandectista no suele tenerla en cuenta al exponer el contrato de arrendamiento de obra (13).

3. DERECHO COMPARADO

A) DERECHO FRANCÉS

La responsabilidad de arquitectos y contratistas por ruina de los edificios resulta, en Derecho francés, de dos preceptos fundamentales, los artículos 1.792 y 2.270; el primero, situado en la sección tercera del capítulo que trata del arrendamiento de obra y de industria, mientras que el segundo forma parte de una sección dedicada a la prescripción de diez y de veinte años. He aquí su texto literal:

Artículo 1.792: "Si el edificio construido a tanto alzado perece en todo o en parte por vicio de la construcción, o por vicio del suelo, el arquitecto y el empresario responden de ello durante diez años" (14).

Artículo 2.270: "Después de diez años, el arquitecto y los empresarios quedan liberados de la garantía por las grandes construcciones que han hecho o dirigido" (15).

Todavía cabe citar, en relación indirecta con los transcritos, el artículo 1.386 incluido en el capítulo relativo a los delitos o cuasi-delitos, es decir, a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, conforme al cual "el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, cuando ésta es consecuencia de la falta de reparaciones o por vicio de su construcción" (16).

Diversos son los problemas que la interpretación de tales preceptos ha planteado a la doctrina (17). Expondré sumariamente los más im-

estudios fundamentales sobre el Derecho civil español¹² IV (Madrid, 1871), p. 474; TRAVIESAS, *Contrato de arrendamiento* en *RDP*, 6 (1919) 45, como precedente del artículo 1.591 del Código español.

(13) Omite la cita de este pasaje DERNBURG, *System des Römischen Recht* (8.^a edic. a cargo de Sokolowski) II (Berlín, 1912), al tratar de los riesgos en el contrato de obra (p. 791).

(14) Artículo 1.792: "Si l'édifice construit à prix fait, pérît en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans."

(15) Artículo 2.270: "Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont fait ou dirigés."

(16) Artículo 1.386: "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine; lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction."

Sobre este precepto, vid. últimamente JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil de A. Colin et H. Capitant* II (París, 1959), p. 670 ss. La jurisprudencia concede al propietario acción de repetición contra el responsable del siniestro.

(17) El tema ha sido objeto de diversas Tesis Doctorales, que datan de finales del siglo y de comienzos del actual; tales las de FRAISSANGEA (París, 1887), LEBLOND (Lille, 1893), GALLIE (París, 1910), GALLOT (Rennes, 1910), FRANK (París, 1910), EPRIMIU (París, 1913), que no hemos podido consultar. De mayor valor, y más reciente, CORBERAND, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs* (Th. París, 1929). Otras obras monográficas: GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage* 3 (París, 1891); DE PENANRU, *Les architectes*

portantes y los más directamente relacionados con la interpretación de nuestro Código.

No resulta fácil coordinar los artículos 1.792 y 2.270. Parece que el segundo debe ser considerado como una mera remisión al primero, pero entre los textos de ambos se observan importantes diferencias (18). Se ha puesto de relieve que mientras el artículo 1.792 fué objeto de amplia discusión en el Consejo de Estado, el 2.270, "desdichadamente colocado al final de una sección que trata de la prescripción de diez años, institución que ninguna relación tiene con el problema considerado", fué adoptado sin discusión (19). Ello puede explicar las diferencias de redacción, pero no elimina el problema de su interna coordinación.

A simple vista se observa que el artículo 1.790 se refiere sólo a las obras hechas por precio alzado, mientras que el 2.270 no especifica la modalidad del contrato; aquél se refiere a la construcción de un edificio, éste a las grandes construcciones; concreta el primero la clase de vicios por que se responde —ruina total o parcial—, en tanto que el segundo habla genéricamente de garantía. En cambio, ambos preceptos coinciden en las personas responsables y en el plazo de diez años, aunque no se señale el arranque del mismo.

Hay unanimidad en encontrar un doble fundamento a esta responsabilidad por perecimiento de los edificios: 1.) la imposibilidad de dar un carácter definitivo y liberatorio a la recepción de la obra por el dueño, ya que ello exigiría en él una serie de conocimientos complejos de que normalmente carece, y 2.) la de que hay una razón de orden público para exigir a los arquitectos y contratistas una especial pericia en su oficio, pues si construyen mal o defectuosamente, sus errores son

et leurs rapport avec les propriétaires, les entrepreneurs et les tiers (París, 1892); LECOURT (Robert et René), *Manuel pratique de la responsabilité des architectes et entrepreneurs* (París, 1936).

Las obras generales tratan del tema con alguna extensión. Pueden consultarse:

COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil* (trad. esp. de De Buen) IV (Madrid, 1925), p. 343 ss.

RIPERT-BOULANGER, en el *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*¹ II (París, 1952), p. 934 ss., esp. p. 938 ss.

ROUAST, *Contrat d'entreprise* en el *Traité pratique de Planiol-Ripert*² XI (París, 1954), p. 137 ss.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons du Droit civil* III (París, 1960), p. 1127 ss.

JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Droit civil d'après le Cours élémentaire de A. Colin et H. Capitant* III (París, 1962), p. 144 ss.

Para las obras generales más antiguas, vid. la cita de ROUAST, op. cit., p. 185, nota 2.

(18) COLIN y CAPITANT hablan de una "doble base de responsabilidad en los artículos 1.792 y 2.270, cuya concordancia "constituye una dificultad clásica en la materia" (op. y vol. cit, p. 343 y ss., en donde se ocupan de las diferencias entre ambos textos).

(19) MAZEAUD, op. cit. III, p. 1.130.

tan funestos para sus clientes como para la seguridad del público en general (20).

La doctrina moderna es unánime en atribuir carácter contractual a esta responsabilidad (21); en la jurisprudencia no faltan, sin embargo, declaraciones en el sentido de que se trata de una responsabilidad de naturaleza quasi-delictual (22).

En cuanto a las personas responsables, se observa que el Código habla de arquitectos y contratistas, distinguiendo imperfectamente ambas profesiones, debiendo entenderse genéricamente que es responsable cualquier persona que celebra con el dueño de la obra un contrato de empresa (23); que responde en calidad de arquitecto el que realiza función de tal, aunque carezca de título (24); que no responden los asalariados que han celebrado con el dueño un contrato de trabajo, ni los subcontratistas frente al dueño, dada la ausencia de un vínculo jurídico, ni tampoco frente al empresario, ya que la ley sólo ha pretendido proteger al propietario (25); tampoco responden los que suministran materiales. En cambio, se pretende (26) extender la responsabi-

(20) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., p. 343.

(21) Referencias, en ROUAST, op. cit., p. 187, nota 2.

A veces se observa cierta vacilación entre los autores. Así, COLIN y CAPITANT se preguntan: "¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad impuesta a los constructores? Racionalmente, al parecer, debiera ser una responsabilidad contractual, puesto que han prometido un edificio en buenas condiciones, y si no lo entregan así, responden de ello, a menos que demuestren un caso fortuito o la acción de una fuerza extraña e imprevista" (op. et loc. cit., p. 344). Ofrecen gran interés las puntualizaciones de ROUAST, op. cit., p. 187: "Es difícil impugnar que esta responsabilidad tiene su origen en el contrato de empresa y, en tal sentido, es contractual con toda certeza. Pero es preciso no olvidar que el contrato de empresa se acaba con la recepción de la obra. En este momento el empresario ha cumplido con todas sus obligaciones, y el dueño le libera; el contrato ha agotado su efecto. Si el empresario permanece responsable durante diez años, esto sólo puede ocurrir, o por una reserva tácita hecha en el momento de la recepción, o por voluntad del legislador, que ha querido proteger al propietario. Según que se adopte una u otra explicación, se considerará la responsabilidad como contractual o como legal." El autor se inclina por esta segunda teoría, estimando que esta garantía legal es de interés público, aunque tiene su origen en el contrato de empresa.

(22) Así, la sentencia de 28 de junio de 1938. En consecuencia, los Tribunales declaran al arquitecto y al contratista responsables, no sólo frente al propietario con quien han contratado, sino frente a los terceros (S. de la *Cour de Paris*, 21 diciembre 1921).

La doctrina no niega que arquitecto y contratista responden frente a terceros, con base en la norma general del artículo 1.382, aunque ello origina algún problema en cuanto que esta acción prescribe a los treinta años (cf. MAZEAUD, op. et vol. cit., p. 1.132).

(23) ROUAST, op. cit., p. 195: La ley, dice, no hace responsables a estas personas por razón de su profesión, sino que los trabajos realizados llevan consigo una obligación de garantía.

(24) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., p. 350.

(25) MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1.129.

(26) MAZEAUD, op. et loc. cit. Subrayan estos autores que "con el progreso de la técnica en cada una de las ramas de la construcción de edificios, es difícil para un arquitecto prescindir del concurso de ingenieros especialistas. Los contratistas tienen gabinetes de estudio propios, o se dirigen a los de los ingenie-

lidad al ingeniero que ha colaborado en la edificación del inmueble, cuando ha celebrado un contrato de empresa con el dueño de la obra, pero no cuando es un mero consejero de los contratistas.

Esta cuestión de la legitimación pasiva de la acción de responsabilidad por ruina de los edificios aparece intimamente relacionada con la de la naturaleza jurídica del contrato que celebran respectivamente, arquitectos y empresarios con el dueño de la obra. Pero si no hay ningún problema en cuanto a los empresarios, no dejan de plantearse dudas respecto de los arquitectos. Desde luego, el sustrato sociológico de este contrato ha variado desde la promulgación del *Code* hasta nuestros días; también se ha modificado la reglamentación legal de la profesión de arquitecto (27). Todavía, hace menos de medio siglo, Colin y Capitant planteaban el supuesto del ejercicio de ambas profesiones por una sola persona (arquitecto que actualmente es contratista, y contratista que redactaba los planos por sí mismo y dirigía técnicamente los trabajos que realizaba) (28). Hoy día se trata de profesiones claramente delimitadas; el arquitecto, que debe poseer el título correspondiente, ejerce una profesión liberal, encargándose de la concepción de la obra, así como de la dirección y vigilancia de los trabajos; el contratista ejerce una profesión comercial, ejecutando los trabajos previstos por el arquitecto bajo el control de éste; el arquitecto no puede ser empresario, industrial o proveedor de materiales de construcción (art. 3.^o de la Ley de 31 diciembre 1940); el arquitecto no puede recibir una remuneración bajo cualquier forma de persona distinta de su cliente, y en especial del contratista (art. 19 del Decreto de 24 septiembre 1941). La jurisprudencia se inclina a ver en el arquitecto un mandatario; lo que suele criticarse por la doctrina (29), que prefiere ver en él un empresario de trabajo intelectual (30).

¿Frente a quién se responde? No hay duda de que arquitecto y contratista responden frente al dueño de la obra. Pero también se acepta por la doctrina y la jurisprudencia que se responde ante el adquirente a título particular, el cual puede intentar la acción directamente (31), ya que esta responsabilidad constituye a modo de un accesorio de la construcción que sigue a ésta cualesquiera sean las manos a donde haya ido a parar (32).

Los artículos 1.792 y 2.270 establecen una responsabilidad a cargo

ros; a menudo, el propietario mismo elige, de acuerdo con el arquitecto, un ingeniero-consejero" (p. 1.127).

(27) El Decreto de 24 de septiembre de 1941 ha establecido el Código de los deberes profesionales del arquitecto.

(28) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., p. 350.

(29) MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1.127. El arquitecto —dicen los autores— no es mandatario de su cliente; le aconseja, pero no le representa; los textos que reglamentan la profesión de arquitecto lo indican claramente: "prepara los proyectos de contrato a celebrar por el cliente con los contratistas" (art. 2.^o, par. 2.^o Decreto 1941 cit.).

(30) Así, ROUAST, op. cit., p. 144.

(31) RIPERT-BOULANGER, op. cit., p. 938.

(32) ROUAST, op. et loc. cit., p. 207.

del arquitecto y del empresario, pero no aparece con claridad si se trata de una responsabilidad mancomunada o solidaria. Se dice en la doctrina (33) que puesto que arquitecto y contratista están vinculados al dueño por contratos diferentes, su responsabilidad no es solidaria, de modo que cada uno debe responder de su propia culpa. A juicio de Colin y Capitant (34) si el arquitecto se ha limitado a redactar el plano, sin dirigir los trabajos, únicamente responderá de los vicios de dicho plano; pero si además se encarga de la dirección, caben dos soluciones, la doctrina de la llamada responsabilidad privativa, según la cual cada uno será responsable de lo que caiga dentro de su esfera de acción, salvo el caso de culpa demostrada, y la doctrina seguida por la jurisprudencia civil que agrava la situación del arquitecto, pues le hace responsable de todo, incluso de la mala ejecución de los trabajos y del vicio de los materiales, ya que se ha comprometido a vigilar la marcha de la obra.

En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad, algún sector de la doctrina opina (35) que la obligación de ejecutar el trabajo, y de hacerlo sin vicios, constituye una obligación de resultado; el dueño debe probar el vicio de construcción, pero no la culpa que está en su origen; el empresario para liberarse de su responsabilidad deberá probar la concurrencia de una causa extraña; esta norma general del contrato de obra parece debe aplicarse a la construcción de edificios. La posición de la jurisprudencia es diferente. Sólo en el supuesto expresamente previsto en el artículo 1.792 quedará exonerado el dueño de demostrar la culpa del contratista o del arquitecto, bastándole con probar la ruina y la causa de ella (vicio de la construcción o vicio del suelo); la ley establece, en este caso, una presunción de culpa *iuris tantum*, lo cual se explica porque el contrato a precio alzado incita al contratista a hacer economías a expensas de la solidez del edificio (36). Cuando se trata de las "gros ouvrages" —supuesto previsto en el artículo 2.270— los presupuestos de la acción son más rigurosos, pues se exige que se trate de vicios que afectan a la solidez de la construcción, y que se trate de vicios ocultos (37); en cambio, la jurisprudencia interpreta con amplitud la noción de "grandes construcciones", incluyendo en este concepto no sólo las casas, sino un pozo, un dique,

(33) MAZEAUD, op. cit., p. 1133.

(34) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., p. 351 s.

(35) MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1129.

(36) ROUAST, op. et loc. cit., p. 190 s.; RIPERT-BOULANGER, op. et loc. cit., p. 938; MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1129, quienes no consideran justificada la diferencia de trato.

(37) ROUAST, op. et loc. cit., p. 194, considera que "la existencia de vicios aparentes que el propietario no ha podido ignorar en el momento de la recepción no implica ninguna responsabilidad"; entienden los MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1132, sin embargo, que "los redactores del Código han querido agravar la responsabilidad del empresario en caso de vicio aparente, pero no disminuirla en caso de vicio oculto, al que debería aplicarse la prescripción de treinta años". Opinión, esta última, no compartida por la jurisprudencia, la cual decide, en cuanto a las grandes construcciones, que la responsabilidad del arquitecto cesa a los diez años, ya se trate de vicios aparentes, o de vicios ocultos.

una canalización de agua, la pavimentación de una carretera, etc., de modo que sólo se excluyen los "menus travaux". En este último supuesto no se establece ninguna presunción de culpa.

La doctrina diferencia entre la duración de la garantía y el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad. Los dos preceptos reiteradamente citados señalan un mismo plazo de diez años, sin que establezcan con claridad su naturaleza. Acaso pudiera pensarse que el 1.792 se refiere a la duración de la garantía ("responsables pendant dix ans"), y que el 2.270, si bien su dicción alude a ella ("dechargés de la garantie"), trata en realidad de la prescripción de la acción dada su colocación sistemática. El problema se plantea justamente sobre este último punto. Teóricamente se han ofrecido tres soluciones (38): *a*) considerar que el Código fija sólo la duración de la garantía y no la de la acción para exigirla, que estará sometida al plazo común de treinta años que señala el artículo 2.262 (Bedant y Rodière); *b*) considerar que los textos establecen dos plazos distintos y sucesivos, el del artículo 1.792 fijaría el de la duración de la garantía, y el del 2.270 regularía la prescripción (Duvergier, Testoud); *c*) la opinión que ha prevalecido en la jurisprudencia desde 1.882 y que hoy sigue unánimemente la doctrina, según la cual ambos artículos establecen un plazo único que encierra a la vez el lapso de tiempo en que hay responsabilidad por accidentes y la duración de la acción para hacerla efectiva; se llega así a la curiosa situación que señalan Ripert-Boullanger (39), de que el propietario tiene un plazo variable para accionar contra el arquitecto y el contratista, a saber, lo que quede de los diez años después del accidente, tiempo que puede ser muy reducido, y aun nulo, si el accidente se produce el último día del plazo de garantía.

En el supuesto de dolo se decide que rige la prescripción de treinta años.

Dado el carácter público que se asigna a esta responsabilidad la jurisprudencia no admite, en principio, las convenciones que supriman o disminuyan la responsabilidad del contratista o del arquitecto, pero permite la limitación de la responsabilidad en el tiempo a condición de que el plazo sea suficiente para que el dueño se asegure de la solidez de la construcción (40).

B) DERECHO AUSTRIACO

Es notorio que el Código civil general austriaco, aunque publicado en 1.811, acusa en mínima parte la influencia del Código francés. En la materia que nos ocupa no contiene precepto alguno que recuerde los artículos 1.792 y 2.270 de este último. El contrato de prestación de servicios (literalmente: "Von Verträgen über Dienstleistungen") aparece regulado en el capítulo XXVI de la Parte segunda del A.C.

(38) ROUAST, op. et loc. cit., p. 205.

(39) RIPERT-BOULANGER, op. et loc. cit., p. 940.

(40) MAZEAUD, op. et loc. cit., p. 1134. Ampliamente, ROUAST, op. et loc. cit., p. 201 ss.

B. G. B.; los párrafos 1.151 a 1.174 que lo constituyen han sido reformados en 1916 por el § 150 de la Novela III, que les ha dado nueva redacción.

El nuevo § 1.151, 1, describe sucesivamente al contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de empresa; muy probablemente, sin intentar ofrecer una concepción unitaria de ambos (41).

El *Werkertrag* se regula específicamente en los §§ 1.165 a 1.171 inclusive (42). Interesa, de esta normativa, la regulación de los vicios (§ 1.167) y la de la pérdida antes de la entrega (§ 1.168, a).

El § 1.167 dice así:

“En el caso de vicios esenciales que hacen a la obra inutilizable, o que contradicen a las condiciones pactadas expresamente, el dueño de la obra puede desistir del contrato. Si no quiere hacerlo, o si los vicios no son esenciales ni en contradicción con las condiciones pactadas expresamente, el dueño de la obra puede pedir la eliminación de los mismos siempre que esto no exija un gasto desproporcionado, o bien una disminución conveniente en el precio. Para la eliminación de los vicios, debe dar al empresario un plazo apropiado, con la declaración de que, transcurrido el mismo, la rehusará. Por lo demás se aplican las disposiciones generales sobre la garantía en los contratos onerosos.”

Se trata de una norma que establece con carácter general la regulación de los vicios en el contrato de obra, ya que se trata de cosas muebles, y de inmuebles. Si en el momento de la recepción se descubren tales vicios, el dueño de la obra tiene a su favor tres acciones: desistir del contrato, pedir la eliminación de los vicios o solicitar una reducción del precio. La primera sólo puede ejercitarse cuando se trata de vicios esenciales o de defectos que infringen condiciones expresamente pactadas. Asimismo, es de interés la remisión a las normas generales que regulan la prestación de garantía en los contratos onerosos; conforme al § 933, la acción de garantía por vicios dura tres años, a contar desde la entrega cuando se trata de inmuebles (43).

El § 1.168, a), pone los riesgos de la obra a cargo del empresario cuando perece por caso fortuito antes de su entrega; los riesgos de los materiales se ponen a cargo del que los suministró. Pero si la obra ha perecido por consecuencia de la manifiesta falta de adecuación de la materia suministrada por el dueño de la obra, o se debe a instrucciones manifiestamente inexactas de éste, el empresario responde de su pérdida si no lo advirtió al dueño. Se trata de una responsabilidad

(41) § 1.151, 1; “Si alguno se compromete por tiempo determinado a una prestación de servicios en favor de otra persona, se origina un contrato de arrendamiento de servicios; y si alguien se encarga de la ejecución de una obra mediante contraprestación, se origina un contrato de obra.”

(42) Hay también dos párrafos específicamente dedicados al contrato de edición, los 1.172 y 1.173.

(43) Estas normas generales se encuentran el capítulo XVII, que trata de los contratos y de los negocios jurídicos en general.

La doctrina estima que en muchos casos el plazo de tres años es insuficiente: cfr. ADLER-HÖLLER, en el *Kommentar zum Allg. burgerlichen Gesetzbuch*² de KLANG-GSCHNITZER, vol. V (Wien, 1954), p. 399.

agravada del contratista, que parece explicarse por su cualidad de experto.

Señalaré, por último, que en el capítulo XXX, relativo a la indemnización de daños y perjuicios, figura el § 1.319, que regula los producidos por el hundimiento de un edificio, siendo responsable el poseedor del mismo si el hecho es debido a la defectuosa calidad del trabajo. La acción prescribe a los tres años, conforme al § 1.489 (44).

C) DERECHO BELGA

Salido es que el Código civil francés sigue rigiendo sustancialmente en Bélgica. Sin embargo, en este punto se nos ofrece un claro ejemplo de las divergencias interpretativas de un mismo texto legal vigente en países diversos, aunque pertenecientes a idéntica civilización y con semejante sustrato sociológico.

Frente al dualismo de régimen que la jurisprudencia francesa ha venido a instaurar en torno a los artículos 1.792 y 2.270, en la doctrina belga (45) se proclama que ambos artículos establecen una sola y misma responsabilidad, regida por idénticos principios, de suerte que la limitación contenida en el primero relativa a que el contrato sea a precio alzado, no tiene razón de ser, y así, en el segundo se omite, y se generaliza dicha responsabilidad. La finalidad del artículo 1.792 no es la de fijar la responsabilidad del arquitecto —era inútil una disposición general, pues bastaba el derecho común—, sino señalar la duración de la responsabilidad. Según el derecho común, queda liberado de responsabilidad después de la verificación y recepción de las obras; el artículo citado le declara responsable durante diez años después que la obra ha sido verificada o recibida.

Frente a la opinión unánime de la doctrina francesa actual y a la jurisprudencia consolidada desde finales del siglo XIX, en la doctrina belga se sostiene que la acción dura treinta años, ya que los artículos 1.792 y 2.270 se refieren sólo a la duración de la garantía y no a la de la acción (46).

D) DERECHO HOLANDESES

El Código holandés acusa una directa influencia del francés en este punto. En efecto, el artículo 1.645 dispone que “si un edificio, contra-

(44) He aquí el texto literal del § 1.319 después de su reforma por el § 163 de la Novela III:

“Si el hundimiento o el desprendimiento de partes de un edificio, o de otra obra levantada sobre un edificio, causa una lesión o un daño cualquiera, el poseedor del edificio o de la obra está obligado a indemnizar el daño si el hecho es debido a la defectuosa calidad del trabajo y no demuestra que ha tomado todas las precauciones necesarias para evitar el daño.”

(45) LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil* (Bruxelles-París, 1878), p. 533 s.

(46) LAURENT, op. et vol. cit., p. 534 s.; DEKKERS, *Précis de droit civil belge* II (Bruxelles, 1955), p. 664, entendiendo que el plazo comenzará a contarse desde que se produjo la pérdida del edificio; este autor se opone a la validez del convenio de reducir la responsabilidad en cuanto al plazo de duración.

tado y convenido por precio determinado se arruina total o parcialmente por defecto en la construcción o, incluso, por ineptitud del suelo, los arquitectos y contratistas son responsables de ello durante diez años. Se trata, sustancialmente, de la traducción del artículo 1.792 francés. Se entiende (47) que esta acción dura treinta años por aplicación del artículo 2.004. Por último, el artículo 1.405 establece la responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados por su ruina total o parcial, si ésta se debe a negligencia en la conservación o a un fallo en su construcción o disposición (48).

E) DERECHO ITALIANO

El artículo 1.639 del Código italiano de 1865 dice así:

“Si en el curso de diez años desde el día en que fué concluída la construcción de un edificio o de otra obra notable, uno u otra se arruinan en todo o en parte, o presentan peligro evidente de ruina por defecto de construcción o por vicio del suelo, el arquitecto y el empresario son responsables de ello.

La acción para reclamar la indemnización debe promoverse dentro de dos años a partir del día en que se ha verificado alguno de los casos indicados” (49).

Sin entrar en la regulación de contrato de obra que nos ofrece este Código (50), indicaré aquí que el precepto transcrita ha sido tomado, indudablemente, del Código francés (51), pero no sin introducir importantes diferencias. Así: no se exige que se trate de una obra a precio alzado; al lado de los edificios se hacen figurar las obras nota-

(47) Cfr. la 25.^a edición del *Burgerlijk Wetboek*, a cargo de SEESINK y POLAK (Zwolle, 1959), referencias al art. 1.645.

(48) Precepto que también procede del art. 1.386 del Código francés.

(49) Artículo 1.639 del C. c. italiano de 1865: “Se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edifizio o di altra opera notabili, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, l'architetto e l'imprenditore ne sono responsabili.

L'azione per l'indebità deve essere promossa entro due anni dal giorno in cui si è verificato uno dei casi sopra enunciati.”

(50) El capítulo 3., título IX (“Del contrato de locación”), libro III del Código, es muy heterogéneo. Regula el contrato de arrendamiento de servicios, el de transporte por tierra y por agua, y el de obras; de este último tratan los artículos 1.634 a 1.646, inclusive, cuyo contenido coincide sustancialmente, en términos generales, con la regulación del Código español, a excepción de los artículos 1.598 a 1.600, que carecen de paralelo en el Código italiano.

En cuanto al tema que me ocupa, entre las obras generales, cfr. RICCI, *Corso teórico-práctico di Diritto civil*³ VIII (Roma-Torino-Nápoles, 1923), p. 418 ss.; PACIFETI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* “V.2.” (Torino, 1927), p. 121 ss.; ABELLO, s. v. *Contrato de appalto*, en *NDI*. Un amplio estudio en CHIRONI, *La culpa nel diritto civile odierno*² (Torino, 1897), p. 173-196. No he podido consultar: MOTTA, *Della responsabilità del locatore d'opera per i vizi della prestazione fornita*; PERETTI-GRIVA, *La rovina dell'edifizio e la responsabilità del proprietario*, en *La proprietà edilizia italiana*, 1931, núm. 4 y ss.

(51) Lo reconoce CHIRONI, op. et vol. cit., p. 175, nota 1: “La ley francesa es la fuente directa del art. 1.639.”

bles (caso, versión peculiar de las "gros ouvrages" del artículo 2.270 C. c. francés); se considera fuente de responsabilidad el peligro evidente de ruina (que no se toma en cuenta en aquél); se introduce un plazo para el ejercicio de la acción de distinta duración que el de la garantía (con lo que se resuelve el problema interpretativo en forma diversa a la jurisprudencia francesa); señalaremos, por último, que no se ha considerado necesario insertar dentro del capítulo de la prescripción de las acciones un precepto análogo al 2.270 del C. c. francés, al haberse señalado un plazo especial de prescripción en el propio artículo.

Como el artículo 1.639 ha pasado sustancialmente al nuevo Código italiano, parece oportuno exponer los problemas fundamentales que plantea su interpretación a la vista del Derecho vigente, sin perjuicio de señalar adecuadamente las referencias oportunas.

El artículo 1.669 del Código de 1942 dice como sigue:

"Cuando se trata de edificios o de otras cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a una larga duración, si en el curso de diez años desde la realización, la obra, por defectos del suelo o por defectos de la construcción, se arruina en todo o en parte, o bien presenta un peligro evidente de ruina o defectos graves, el empresario es responsable frente al comitente y a sus causahabientes, siempre que haya hecho la denuncia dentro de un año a partir de su descubrimiento.

El derecho del comitente prescribe al año de la denuncia" (52).

El nuevo texto ofrece las divergencias siguientes con el derogado: se suprime la responsabilidad del arquitecto, quedando subsistente sólo la del contratista o dueño de la obra; se establece explícitamente la responsabilidad en favor del adquirente a título particular, que se negaba por la doctrina (53); y se reduce a un año la duración de la acción, siendo obligatoria la denuncia previa; diferencias de detalle: en lugar de "opera notabile" se habla de "altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata", y se introduce los defectos graves como causa de responsabilidad.

Pero si este precepto sigue con las desviaciones advertidas, la línea que arranca del Código francés y pasando por algunos Códigos pre-unitarios (54) desemboca en el transscrito artículo 1.639 del Código de

(52) Artículo 1.669 C. c. italiano 1942: "Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purchè sia fatta la denuncia entro un anno della scoperta.

Il diritto del committente si prescrive in un anno della denuncia."

(53) Decididamente en contra de la legitimación activa del adquirente a título particular, respecto al Código de 1865, ABELLO, s. v. cit.; la misma solución para el caso de venta del edificio por el propietario constructor.

(54) Así, por ej., en el art. 1.815 del Código albertino puede leerse: "Se nel corso d'anni dieci dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione dell'edifizio o di altra opera considerevole costruita a prezzo fatto, questo rovinano in totalità od in parte, o presentano evidente pericolo di rovina per difetto di costruzione od anche per vizio del suolo, l'architetto e l'intraprenditore ne restano rispon-

1865, no debe olvidarse que se inserta ahora en un contexto normativo ampliamente elaborado y profundamente reformado (55).

La doctrina, en torno al artículo 1.669, se plantea las siguientes cuestiones:

- a) Naturaleza jurídica y caracteres de esta responsabilidad.
- b) Requisitos.
- c) Legitimación activa y pasiva de la acción de responsabilidad.
- d) Objeto.

c) Duración de la garantía y de la acción para hacerla efectiva.

Ante todo, hay que decir que se trata de una norma excepcional (56) y, en consecuencia, no puede extenderse analógicamente a hipótesis distintas de las previstas; así, se deduce (57) que el articu-

sabili." En este artículo, la mayor fidelidad al Código de Napoleón se muestra, sobre todo, en el mantenimiento del requisito de la obra sea "a prezzo fatto" ("à prix fait", decía el texto francés).

(55) En el Código de 1942 el contrato de empresa ("Appalto") se ha independizado sistemáticamente, y es objeto de una regulación minuciosamente detallada y de gran perfección técnica; no se trata únicamente de que se ha, casi, duplicado el número de preceptos, sino que se prevé por primera una serie de interesantes supuestos (por ej., comprobaciones de la obra en el curso de su ejecución, garantía por los vicios y defectos de la obra, una vez entregada), regulándose otros con mayor rigor técnico (sirvan de ejemplo las variaciones del proyecto en el curso de ejecución, la comprobación y pago de la obra). Ello hace que la regulación de este contrato sea una de las más completas en el Derecho comparado.

La bibliografía fundamental está representada por la obra de RUBINO, *L'appalto*² en el *Trattato de l'assalli* (Torino, 1954); que viene a coincidir en su contenido con el comentario del propio autor al contrato *Dell'appalto*, en *Commentario Scialoia-Branca* (Bologna-Roma, 1961), por donde citaremos en adelante, mientras otra cosa no se diga. Una buena exposición del estado de la doctrina, en STOLEI, s. v., *Contratto di appalto*, en la *Enc. del Diritto*. Más breve, MIRABELLI, en el *Commentario del Codice civile*, de la Utet, IV, 3.^o *Dei singoli contratti* (Torino, 1960). Un estudio monográfico del tema, en VOLTAGGIO LUCCHESE, *Visi, difetti o disformità dell'opera nell'appalto* (Palermo, 1952).

(56) Para la doctrina antigua: RICCI, op. et vol. cit., p. 418 ("este artículo es una excepción cuya razón de ser está en la imposibilidad o suma dificultad de conocer el defecto de construcción o vicio del suelo en el momento en que la obra se examina y se entrega, requiriéndose cierto tiempo para que el vicio oculto aparezca, considerándose suficiente el transcurso de un decenio"); ABELLÓ, s. v. citada ("es de derecho singular o excepcional, inspirado prevalentemente en razones superiores de interés público para tutelar la incolumidad personal de los ciudadanos"). Para la doctrina moderna: RUBINO, p. 277.

(57) RUBINO, p. 277 s.

Para este autor, la responsabilidad ex artículo 1.669 sólo es un supuesto excepcional de la responsabilidad por defectos y vicios de la obra (arts. 1.667-1.668); estas normas son, a su vez, una excepción respecto de las normas generales sobre responsabilidad contractual, pero representan el derecho común en el contrato de obra: respecto de dicho par de preceptos, el 1.669 ofrece como desviación más llamativa la de la duración de la responsabilidad. Analizando en otro lugar (*L'appalto*, cit. en el *Trattato de l'assalli*, p. 267 ss.) la naturaleza jurídica de la responsabilidad del empresario por defectos y vicios de la obra, entiende que se trata de una responsabilidad contractual y no de una garantía en sentido técnico, lo que llevaría a prescindir automáticamente de toda idea de culpa; en resumen, no es que el contratista, además de su obligación de ejecutar la obra, e independientemente de ella, garantice también que la obra re-

lo 1.669 no se aplica: 1.^a) a los inmuebles que por su naturaleza no están destinados a larga duración; 2.^a) a los vicios aparentes —aunque ello es cuestión debatida—; 3.^a) a los vicios que no sean graves, y 4.^a) a los meros defectos o deformidades.

a) ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? (58).

Es una de las cuestiones más ampliamente debatidas tanto por la doctrina antigua como por la moderna, sin que se hayan logrado conclusiones unánimes.

a') Por la naturaleza contractual se inclinan: Chironi, Barassi, Abello, Bellini, Nuti, Formiggini, Messineo, Butera, Cianflone, Rubino y Stolfi. Igualmente algunas sentencias de casación menos recientes (SS. 27 junio 1931, 5 abril 1932, 24 junio 1933, 27 julio 1935).

Entre los antiguos autores, Abello (59) argumentaba así: no se trata de mera responsabilidad objetiva, ni extracontractual, sino que es una norma dada en relación con el contrato, del que depende estrechamente, constituyendo a modo de una garantía, análoga a la de los vicios en la compraventa.

Rubino (60) ofrece razones convincentes para el vigente Derecho italiano; la misma ley dice que esta responsabilidad vale “nei confronti del commitente”, con lo que proclama su carácter contractual; y para extenderla a los causahabientes del comitente ha tenido que decirlo expresamente; si hubiera querido hacerse de ella una responsabilidad extracontractual la norma se hubiera colocado en otra sede (concretamente, en el artículo 2.053, oportunamente ampliado del propietario al constructor); pero es exacto decir que se trata de responsabilidad *ex lege* en el sentido de que no se precisa una expresa cláusula contractual para darle vida.

b') A favor del carácter extracontractual se pronuncian: Vita Levi, Pacifici-Mazzoni, Russo, Borghi, Cuneo, Ichino y Voltaggio Lucchesi. Como se ve, se trata de autores ni muy recientes ni de primera fila. En cambio, es de esta opinión la jurisprudencia más reciente en su totalidad (SS. 15 junio 1955, 12 abril 1957, 14 mayo 1958), lo que hace difícil sustraerse en la práctica a tal concepción (61).

Intimamente ligada a esta cuestión está la de saber si se trata de una responsabilidad de orden público o de Derecho privado; pero las respuestas no coinciden con las anteriores; así, Abello, decidido partidario del carácter contractual de aquélla, entiende que está inspirada prevalentemente en razones superiores de interés público; por su parte, Ricci (62) considera que se ha introducido más en tutela de un interés general que en beneficio privado del dueño de la obra. Rubino sostiene inmane de vicios y defectos; por el contrario, es la misma obligación de realizar la obra la que tiene por contenido el realizarla sin defectos ni vicios; si ello no ocurre así, hay un cumplimiento inexacto.

(58) Citas de doctrina, en RUBINO, p. 278, notas 2 y 3, y STOLFÌ, s. v., citada, notas 140 y 141.

(59) ABELLO, s. v., cit.

(60) RUBINO, p. 279.

(61) MIRABELLI, op. et loc. cit., p. 448.

(62) RICCI, op. et loc. cit., p. 427.

no (63), coherentemente con su anterior solución, sostiene que si esta responsabilidad hubiera sido extracontractual, forzosamente habría que concluir que era de orden público, pero como se declara sólo frente al comitente y a sus causahabientes, hay base para entender que la tutela de los ciudadanos es sólo una consecuencia refleja e involuntaria de la norma, pero no el fin de la misma (64).

b) Requisitos.

Para que entre en juego la norma contenida en el artículo 1.669 deben concurrir los requisitos siguientes:

a') Tratarse de inmuebles destinados por su naturaleza a tener gran duración; se tiene en cuenta su naturaleza y no el destino que las partes le hayan dado. Se aplica tanto a los edificios de nueva planta como a la elevación de pisos en un edificio antiguo; e incluso a la modificación o reparación realizada en un edificio preexistente (65). Quedan excluidos los bienes muebles, incluso los que son objeto de registro.

b') Hay unanimidad por lo que se refiere a exigir la concurrencia de un vicio oculto; pero en cuanto a los aparentes, algunos autores y la sentencia de 5 julio 1940 mantienen la doctrina de que el artículo 1.669 prescinde de la distinción entre vicios aparentes y ocultos (66).

c') Debe probarse la existencia de cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 1.669, que se considera encierran un *numerus clausus*: 1) la ruina total, 2) la ruina parcial, 3) el peligro evidente de ruina, lo que implica no que sea aparente o visible, sino cierto y efectivo, debiendo ser actual el peligro, aunque la ruina no sea inminente, 4) defectos graves, supuesto introducido en el nuevo Código y cuyo ámbito no deja de ofrecer dificultades de interpretación (67).

d') La culpa del empresario.

Este requisito es objeto de amplio debate; unas veces se ha visto aquí un caso de culpa ordinaria; otras se habla de responsabilidad objetiva (así, Barassi, Bellini, Valeri y Nuti); no falta quien sostenga se trata de una presunción absoluta de culpa (68), o de un supuesto-

(63) RUBINO, p. 279.

(64) Otras citas de doctrina y jurisprudencia en RUBINO, p. 279, nota 1.

Es prevalente la consideración de tratarse de una responsabilidad de orden público. Para el derecho derogado, lo expresaba con gran energía PACIFICO-MAZZONI, op. et vol. cit., p. 123: "Importa a la sociedad que la vida de los obreros que trabajan, de los transeúntes y de los inquilinos no quede expuesta a peligros entre los edificios ruinosos."

(65) Ya conforme al Código de 1865 se sostuvo la tesis de que las reparaciones son también, en sí mismas, obras relevantes en su conjunto (CHIRONI, op. cit., p. 179).

(66) Citas en RUBINO, p. 284, nota 1. Este autor sostiene con decisión que se pierde el derecho a ejercitarse la acción ex artículo 1.669 cuando no se denuncian en el momento de la entrega y verificación los vicios aparentes y los vicios ocultos pero conocidos (op. cit., p. 285).

(67) Cfr. RUBINO, p. 288 s.

(68) Así, PACIFICO-MAZZONI, op. et loc. cit., p. 122, habla de una presunción absoluta de culpa, lo que conduciría a mantener la irrelevancia de cualquier prueba en contrario; pero en contradicción con ello, admite la prueba de la

de culpa *in se ipsa* (Vita Levi, Forniiggini). La teoría dominante se inclina por una presunción *iuris tantum* de culpa del empresario. El hecho dañoso debe obedecer a causas originarias, no sobrevenidas con posterioridad a la construcción y entrega del edificio; y estas causas han de consistir, precisamente, en un defecto de construcción, o en un vicio del suelo (69). Pero probado el evento dañoso en cualquiera de las manifestaciones previstas por la ley, se presume la culpa del empresario. Corresponde a éste el "onere" y también el derecho de probar su falta de culpa: sólo que la peculiar naturaleza de su prestación limita sensiblemente los modos con que esta prueba puede lograrse. La bondad de la ejecución se juzga por sus resultados; si la obra se arruina o es defectuosa, dice Rubino (70), ello significa que no se han empleado la diligencia y pericia, y frente a ello no bastaría con demostrar que se han adoptado la diligencia y pericia debidas, sino que se deben aducir hechos positivos, precisos y concluyentes; a juicio de este autor, tal prueba sólo puede lograrse por dos supuestos: 1.º) Si el vicio es del proyecto y éste fué proporcionado por el dueño, o si el vicio es debido a instrucciones del dueño, en cuyo caso para que el contratista quede liberado de responsabilidad deberá probar que ha señalado al dueño, o al director técnico de los trabajos, los errores y riesgos del proyecto o de las instrucciones, y que sólo ha continuado los trabajos ante la insistencia de aquéllos. 2.º) Cuando demuestre que el vicio no es algo excepcional, sino que se manifiesta normalmente en obras de esta clase dado el nivel actual de la técnica, aunque luego se demuestre por el progreso de la ciencia que tales técnicas eran erradas.

c) Legitimación activa y pasiva.

En cuanto a la legitimación activa, la innovación del nuevo Código ha consistido en atribuirla, junto al comitente o dueño de la obra, al adquirente del edificio. El supuesto consiste en que después de la recepción y antes del ejercicio de la acción, el inmueble ha pasado a propiedad de un tercero a título singular, por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Se ha señalado el carácter excepcional de esta disposición, ya que el contrato sólo produce normalmente efectos para los contratantes y sus herederos, configurándose como un supuesto de obligación *propter rem* del lado activo (71). No se aclara si en dicho caso conserva el dueño su acción contra el contratista (como reconoce la S. 28 abril 1955), ni tampoco la forma de resolver el posible concurso de una acción por vicios en el contrato de compraventa y la que otorga al adquirente el artículo 1.669. Conflicto análogo el que se plantea cuando el propio constructor se convierte en vendedor de los inmuebles que construye, y que no tiene una solución unánime (72).

fuerza mayor (incendio, terremoto, inundación). CHIRONI, op. cit., p. 177, nota 3, le critica merecidamente por esa inconsecuencia.

(69) Una detallada enumeración y descripción de vicios de la construcción y del suelo, en CHIRONI, op. cit., p. 181 ss.

(70) RUBINO, p. 292.

(71) RUBINO, p. 294.

(72) Bajo el Código derogado, ABELLO, s. v., cit., se oponía a que el adqui-

Respecto a la legitimación pasiva, ya indiqué la eliminación del arquitecto del círculo de los responsables en el Código vigente; con ello desaparecen los complicados problemas de solidaridad que se planteaban bajo el Código de 1865 (73). Ello no es obstáculo para que los autores (74), al exponer la doctrina general del contrato de obra, se ocupen de los auxiliares del contratista, como el técnico encargado de redactar el proyecto y el director de los trabajos, quienes están normalmente vinculados al empresario por un contrato de trabajo subordinado o de obra profesional; tales funciones pueden ser desempeñadas por personas diversas, o coincidir en el propio contratista. El comitente puede designar, asimismo, su propio director de trabajos, que estará vinculado jurídicamente con él y no con el empresario. Bajo el Código derogado, la doctrina interpretaba en sentido amplio la noción de arquitecto, incluyendo en ella al ingeniero encargado de redactar el plano de un edificio industrial, de una carretera o de otra obra notable (75). De cualquier forma, y conforme al Derecho vigente, hay que concluir que los auxiliares del contratista no responden con base en el artículo 1.669.

d) Objeto de la acción de responsabilidad.

Aunque la responsabilidad por ruina se configura como una subespecie de la responsabilidad por vicios, y el contenido de ésta conforme al artículo 1.668 permite elegir entre la eliminación de los mismos a expensas del empresario, la reducción del precio, o la resolución del contrato, en el supuesto que aquí nos ocupa se considera como único remedio utilizable el de la indemnización de daños y perjuicios (76); la cuantía de ésta dependerá de la importancia y naturaleza de los daños.

e) Duración de la garantía y de la acción para hacerla efectiva.

El Código de 1865 se apartó en esto notablemente de su modelo francés, señalando un plazo distinto para el ejercicio de la acción, del establecido para la duración de la garantía. El Código de 1942 ha reducido aquél de dos años a uno. Hay que advertir que este plazo de dos años no tenía significación especial bajo aquel Código, ni el de un año en el vigente, ya que la responsabilidad por hechos ilícitos prescribe al cabo de cinco años (art. 2.947). Pero el Código vigente ha complicado el ejercicio de la acción exigiendo la denuncia previa de los vicios.

Se distinguen, en consecuencia, los siguientes plazos:

rente del constructor-vendedor pudiera ejercitarse la acción ex artículo 1.639. Para el derecho vigente, cfr. RUBINO, p. 295.

(73) Que, naturalmente, se resolvían según la concepción adoptada acerca de la naturaleza de esta responsabilidad. Así, PACIFERI-MAZZONI, op. cit., p. 124, entendía que la responsabilidad era solidaria por tratarse de un delito o delito: mientras que Ricci, op. cit., p. 431 s., opinaba que si el arquitecto y el empresario no se han obligado solidariamente frente al dueño de la obra, su responsabilidad tampoco lo era.

(74) RUBINO, en el *Trattato l'assalli* cit., p. 50.

(75) ABELLO, s. v. cit.

(76) Ampliamente, RUBINO, p. 297 ss.

1.") El de diez años para la duración de la garantía, que es una relación de derecho sustancial no susceptible de intervención por aplicación analógica de las reglas de prescripción o de caducidad; comienza a correr desde que los trabajos han sido materialmente ultimados, y no desde la aceptación, por el dueño (77). Transcurrido el plazo de diez años, cesa la garantía, lo que significa que el empresario no responderá de la ruina aunque se debiese efectivamente a vicio de construcción o del suelo.

2.") Producido el daño, recae sobre el dueño o el adquirente la carga de denunciarlo al empresario dentro del año; este término es de caducidad (78).

3.") La acción debe interponerse dentro de un año contado a partir de la denuncia; este plazo es aquí de prescripción (79).

Diré, por último, que en ambos cuerpos legales está prevista (80) la responsabilidad del dueño por la ruina del edificio. Se trata de normas situadas en el capítulo de los hechos ilícitos. El Código de 1942 ha agravado la situación del propietario, ya que presume su culpabilidad, lo cual en el supuesto de que la ruina obedezca a un vicio de construcción equivale al establecimiento de una verdadera responsabilidad objetiva (81). Junto a la responsabilidad expresa del dueño, la doctrina no ve dificultad para configurar la responsabilidad extracontractual del contratista con base en el principio general.

F) DERECHO PORTUGUÉS

En el Código civil portugués el contrato de empresa carece de autonomía sistemática, pues aparece incluido dentro de un capítulo que lleva por epígrafe "Del contrato de prestación de servicios", y constituye el contenido de una sección que se denomina "Das empreitadas"; la forman los artículos 1.396 a 1.408.

No se regulan con carácter general los vicios y defectos de la obra entregada, pero hay un precepto expreso que trata de la responsabilidad por ruina de edificios "on de outras construções consideraveis". Dice así el artículo 1.399:

"En los contratos de arrendamientos de empresa relativos a edificios o a otras construcciones considerables, el empresario de los ma-

(77) Decía RICCI, op. et vol. cit., p. 422: "Cúlpese a sí mismo el propietario que pudiendo comprobar la obra en el momento en que se ha concluido y tomar posesión de ella, no solicita la comprobación y la subsiguiente entrega".

Hay que señalar que fué mérito del Código de 1865 haber señalado, a diferencia del Código francés, el punto de partida del plazo de garantía.

(78) RUBINO, p. 304.

(79) El juego de estos tres plazos puede verse en RUBINO, p. 306.

(80) Artículo 1.155 del C. c. de 1865: "El propietario de un edificio es responsable por los daños ocasionados por su ruina cuando ocurra por falta de reparaciones, o por un vicio de la construcción."

Artículo 2.053 C. c., 1942: "El propietario de un edificio o de otra construcción es responsable de los daños ocasionados por ruina, a menos que pruebe que ésta no ha sido debida a falta de las reparaciones o a vicio de la construcción".

(81) Así, RUBINO en el *Trattato Vassalli* cit., p. 362.

teriales y de la ejecución será responsable, por espacio de cinco años, de la seguridad y solidez del edificio en construcción, tanto en razón a la calidad de los materiales como de la firmeza del suelo, excepto si hubiera preventido con tiempo al dueño de la obra de que dicho suelo no se hallaba suficientemente firme" (82).

Esta norma parece inspirada en el Código francés, pero se aparta de ella en algunos aspectos. Así: *a)* suprime la responsabilidad del arquitecto; *b)* matiza la del constructor, requiriendo que haya suministrado los materiales y esté encargado de la ejecución; *c)* reduce a cinco años la duración de la garantía; *d)* en lugar de referirse al vicio del suelo y de la construcción, expresa positivamente que se responde de "la seguridad y solidez del edificio", y *e)* expresamente se permite al empresario liberarse de tal responsabilidad advirtiendo con tiempo al dueño de la obra que el suelo no está firme.

Dentro de la responsabilidad meramente civil, el artículo 2.395 regula la responsabilidad del dueño por la caída de un edificio: "Si algún edificio que amenaza ruina, cae y perjudica a alguien, el dueño de dicho edificio responderá de los daños causados probándose que hubo negligencia por su parte en repararlo o en adoptar las precauciones necesarias contra su derrumamiento." No se trata de una responsabilidad objetiva o por riesgo, sino de una responsabilidad extracontractual basada en la culpa (83). La responsabilidad es exclusiva del dueño. En cambio, el contratista o empresario de la construcción del edificio aparece mencionado junto al propietario de los mismos en el artículo 2.398; precepto de confusa redacción que parece establecer una responsabilidad por infracción de reglamentos, de donde resulten daños y perjuicios a la propiedad ajena o a las personas; este precepto no se refiere expresamente a la ruina de los edificios, pero no parece pueda excluirse de su supuesto de hecho.

G) DERECHO ALEMÁN

En la regulación del "Werkertrag" (84) carece el B. G. B. de una disposición especial sobre la responsabilidad del contratista y del arquitecto por causa de la ruina del edificio construido, semejante a la que hemos encontrado en el Derecho francés y en sus imitadores. Se rompe así una tradición legislativa que arrancaba del Derecho romano.

(82) Artículo 1.399: "Nos contratos de empreitada de edificios ou de outras construções consideraveis, o empreiteiro de materiais e de execução, será responsável, pelo espaço de cinco anos, pela segurança e solidez do edificio ou construção, tanto em razão da qualidade dos materiais, como da firmeza do solo, excepto se houver preventido com tempo o dono da obra de não achar o dito solo suficientemente firme."

• (83) En el mismo sentido, SANTOS BRIZ, *Derecho de daños* (Madrid, 1963), p. 326.

(84) Cfr. los comentarios al B. G. B. de PLANCK II (Berlín, 1900), p. 368 ss. PALANDT (Múnich u. Berlín, 1955), p. 628 ss.; SOERGEL (Stuttgart u. Kóln, 1952) II, p. 293 ss. Las obras generales de ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* III (Tübingen, 1954), p. 622; LARENZ, *Derecho de Obligaciones* (trad. esp. de J. Santos Briz) (Madrid, 1959) II, p. 305 ss. et ivi bibliografía.

no (85). Pero en la completa y compleja regulación de este contrato (86), hay una norma especial en cuanto a la prescripción de la acción por vicios en la construcción de obras (§ 638) (87).

Desde luego, se admite por la doctrina (88) que el contratista puede garantizar, mediante pacto expreso, la ausencia de vicios o la existencia de ciertas cualidades en la obra; se trata entonces de una garantía contractual que obliga a indemnizar daños y perjuicios, aunque el contratista esté exento de culpa, cuando la obra no responda a la garantía dada. Fuera de este supuesto, la responsabilidad del contratista por ruina está incluida en el Derecho alemán de la responsabilidad general por vicios; se trata de una responsabilidad exclusiva del empresario y no del arquitecto (89).

Conforme al § 633, 1, el empresario está obligado a realizar la obra de manera que tenga las cualidades prometidas y no padezca defectos que eliminan o disminuyan el valor o la utilidad de la misma, para el uso corriente o previsto en el contrato. Se deduce de esta norma que el comitente o dueño de la obra tiene una pretensión a la realización de la misma exenta de vicios (90). Se considera vicio toda desviación de la obra de las cualidades debidas según el contrato, por la que queda mermado su valor o su finalidad de uso (91). A diferencia de la compraventa, se estima que la existencia de un vicio está integrado en el deber de prestación del empresario, de suerte que, concurriendo alguno, el empresario no ha cumplido debidamente su prestación (92).

La existencia de un vicio otorga al dueño las siguientes acciones:

- la *exceptio non adimplenti contractus* (por la no aceptación de una obra defectuosa no incurre en *mora accipendi*);
- el derecho a pedir la eliminación o supresión del vicio, en cuanto esto no exija un gasto desproporcionado (§ 633, 2);

(85) Sin embargo, el texto del C. J. 8, 11, 8 se cita y se tiene en cuenta en el estudio de DOCHNAHL, *Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche* en *Jherings Jahrbücher* 12 (1904), 251 s.

(86) Que parece haber servido de modelo a la regulación del *Contratto di appalto* en el Código italiano de 1942.

(87) § 638 del B. G. B. alemán: "La pretensión del comitente a la supresión de un vicio de la obra, así como las pretensiones que le corresponden a causa de dicho vicio para la redhibición, reducción o indemnización de daños, prescriben, en tanto que el participante no haya ocultado dolosamente el vicio, a los seis meses; tratándose de trabajos en una finca, al año; tratándose de trabajos de construcción, a los cinco años; la prescripción empieza con la admisión de la obra.

El plazo de prescripción puede ser alargado por contrato."

(88) LARENZ, op. et vol. cit., p. 316.

(89) El B. G. B. no menciona al arquitecto como responsable por los vicios junto al contratista. No obstante, se discute cuál es la naturaleza del contrato que celebra el dueño con el arquitecto (cfr. sobre esto SOERGEL, comentario al § 611, 2, c.), d), p. 232 s.). Naturalmente, si se estima que se trata de un contrato de obra, el arquitecto respondería de los vicios de ella como tal contratista.

(90) ENNECERUS-LEHMANN, op. et vol. cit., p. 626: "Hat der Besteller einen Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines mangelfreien Werkes."

(91) LARENZ, op. et vol. cit., p. 308.

(92) LARENZ, op. et loc. cit.

— si el contratista no elimina el vicio dentro del plazo que le señala el dueño, éste podrá ejercitar las acciones de redhibición o de disminución del precio conforme a las prescripciones de la compraventa (§ 634);

— en defecto de las anteriores, la doctrina más reciente (93) otorga al dueño una pretensión de cumplimiento;

— finalmente, cuando el vicio de la obra se funda en una circunstancia de la que haya de responder el contratista, el comitente podrá exigir indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, en lugar de pedir la redhibición o la disminución de precio (§ 635).

Estas acciones están sujetas a un plazo variable en cuanto a su ejercicio:

— como regla general, prescriben a los seis meses;

— si se trata de trabajos realizados en un inmueble, el plazo será de un año;

— si se trata de obras de construcción ("Bauwerken"), el plazo será de cinco años.

Cada uno de estos plazos empieza a correr desde la recepción de la obra por el dueño.

Dada la amplia interpretación doctrinal y jurisprudencia de las "Bauwerke" (94), parece queda sujeta a la prescripción larga la acción para exigir responsabilidad por vicios —la ruina incluida— de cualquier edificio o construcción (así, por ej., puentes, canales, muelles, esclusas), o de una parte de él (así, por ej., la construcción de un tejado, de un piso o pavimento, la instalación de una calefacción, la reconstrucción considerable); en cambio, se consideran "Arbeiten an einen Grundstück" y se someten, por tanto, a la prescripción más breve de un año, los trabajos de alumbramiento de aguas, dragado o excavación de pozos, así como los trabajos de pintura para la restauración de un viejo pavimento.

El comitente pierde los derechos que puede tener por vicios cuando con conocimiento del vicio, recibe la obra defectuosa y no hace reserva expresa de sus derechos (§ 640, 2).

Esta regulación tiene carácter dispositivo, pero será nula toda estipulación por la que se suprima o limite de antemano la obligación del contratista de responder de los vicios de la obra cuando el empresario silencia u oculta maliciosamente el vicio (§ 637).

La doctrina (95) admite también que cuando la defectuosa ejecución de la obra ha ocasionado daños en otros bienes jurídicos del dueño, por ejemplo, en su salud o en su propiedad, podrá ejercitar éste una pretensión de indemnización basada en la denominada infracción positiva del contrato. Esta acción tiene la ventaja de no quedar some-

(93) Que LARENZ, op. cit., p. 312 configura, no como una pretensión distinta de la dirigida a la eliminación de los defectos, sino como dos aspectos de la misma pretensión de cumplimiento.

(94) Cfr. el comentario de SOERGEL al § 638, p. 312 s.; ENNECERUS-LEHMANN, op. et vol. cit., p. 630.

(95) LARENZ, op. et vol. cit., p. 313 s.

tida a la prescripción corta del § 638, sino a la general de treinta años. El supuesto podrá darse también si se produce la ruina del edificio construido.

Por último, hay que señalar que dentro de las normas sobre responsabilidad por actos ilícitos se contienen tres párrafos (836-838) que tratan de la responsabilidad por los daños causados por edificios (96).

Son responsables las siguientes personas:

— el poseedor en concepto de propietario de un inmueble (comprende tanto al propietario, como al poseedor que se considera propietario);

— el poseedor anterior, también con ánimo de dueño, siempre que no haya transcurrido un año desde la pérdida de la posesión (responsabilidad cumulativa);

— el que en inmueble ajeno posee un edificio o una obra como si fueran propios, ejercitando, por ejemplo, un derecho de servidumbre o de superficie; esta responsabilidad suple a la del poseedor;

— el que ha asumido, por medio de un contrato con el poseedor, la conservación de un edificio o de una obra (por ej., un arquitecto encargado de la conservación de una edificación), o el que está obligado a ello en virtud de un derecho de utilización o aprovechamiento; esta responsabilidad es cumulativa con la del poseedor en concepto de dueño (97).

El responsable según los criterios anteriores está obligado a pagar una indemnización cuando por el hundimiento de un edificio o de una obra unida al mismo, o por desprendimiento de parte de él o de la obra, se producen lesiones en su cuerpo o salud o es dañada una cosa, siempre que el hundimiento o el desprendimiento sean consecuencia de una defectuosa edificación o conservación. No deja de sorprender que al poseedor de un edificio se le haga responsable de los daños producidos por una defectuosa edificación ("fehlerhafte Errichtung"), incluso cuando pueda haber prescrito la acción por vicios derivada del contrato de obra.

Pese a que esta responsabilidad se aproxima a la responsabilidad por riesgo, entiende la doctrina (98) que no pertenece a esta última categoría, sino que constituye una responsabilidad por acto injusto agravada por una presunción de culpa.

H) DERECHO SUIZO

El Código suizo de obligaciones contiene una muy precisa regulación de la obligación de garantía en el contrato de obra (*Contrat d'en-*

(96) ENNECERUS-LEHMANN, op. et vol. cit., p. 935 ss.; LARENZ, op. et vol. cit., p. 602 ss.; ampliamente SOERGEL, comentario citado, p. 747 ss.

(97) Ya se observará que entre las personas responsables no aparecen el contratista ni el arquitecto, en calidad de tales. El legislador no ha considerado necesario tipificar esta responsabilidad.

(98) LARENZ, op. et vol. cit., p. 603. ENNECERUS-LEHMANN, op. et vol. cit., p. 935, nota 1.

treprise o Werkvertrag), directamente inspirada en el contrato de compraventa, hasta el punto de que hay una norma general de remisión a las reglas de este contrato en materia de prescripción (art. 371, 1). El principio general es que el empresario se libera de toda responsabilidad por los vicios de la obra en virtud de la aceptación expresa o tácita de ésta por el dueño (99). Esta norma tiene dos excepciones: a) que se trate de vicios ocultos ("défauts qui ne pouvaient être constatés lors de la vérification régulière et de la réception de l'ouvrage"), y b) que se trate de vicios o defectos que el empresario ha ocultado intencionalmente. Los vicios deben denunciarse por el dueño "aussitôt qu'il en a connaissance", ya que en otro caso la cosa se considera aceptada con tales defectos; pero la denuncia debe verificarse dentro del breve plazo de un año, que para la compraventa señala el artículo 210; este plazo puede prolongarse convencionalmente, y no se aplica, sino al general de diez años, cuando se demuestre que el empresario ha ocultado dolosamente los vicios al dueño (100).

Pero el Código regula expresamente la responsabilidad del empresario, arquitecto e ingeniero, frente al dueño de la obra, por defectos de una construcción inmobiliaria; con ello se vincula de cierto modo al sistema de las legislaciones latinas (101).

Dispone, en efecto, el párrafo 2.º del artículo 371:

"Sin embargo, la acción del dueño por los vicios de una construcción inmobiliaria prescribe contra el empresario, igual que contra el arquitecto o contra el ingeniero que ha colaborado en la ejecución de la obra, por el transcurso de cinco años, a contar desde la recepción" (102).

Esta norma que no figuraba en el Código de 1881 y que se introdujo en 1911, representa una excepción respecto a la contenida en el primer párrafo, que se refiere a la prescripción por el transcurso de un año. Esta agravación de la responsabilidad a cargo del empresario se explica por la doctrina en atención a la necesidad de un mayor lapso de tiempo para comprobar los defectos en las construcciones inmobiliarias (103).

(99) Sobre los problemas que plantea la aceptación, cfr. BECKER, *Kom. z. Schw. Zivilgesetzbuch VI Obligationenrecht* I (Bern, 1934), p. 482. Más ampliamente, OSER-SCHÖNENBERGER, *Kom. z. Schw. Zivilgesetzbuch* 2 V *Das Obligationenrecht* II (Zurich, 1936), p. 1405.

(100) Doctrina y jurisprudencia aplican el plazo de diez años a la prescripción de acciones por vicios en la construcción de inmuebles cuando se han ocultado dolosamente; cfr. OSER-SCHÖNENBERGER, op. et loc. cit., p. 1408.

(101) La doctrina suiza menciona, en efecto, los preceptos correlativos de los Códigos francés e italiano. Cfr. los comentarios cit. de Becker y OSER-SCHÖNENBERGER al art. 371.

(102) Artículo 371, 2, del Código suizo de Obligaciones: "Toutefois, l'action du maître en raison des défauts d'une construction immobilière se prescrit contre l'entrepreneur, de même que contre l'architecte ou l'ingénieur qui a collaboré à l'exécution d'ouvrage, par cinq ans à compter de la réception."

Cfr. sobre esta cuestión el estudio monográfico de PORRET, *A propos de la responsabilité professionnelle des ingénieurs et architectes*, en *Schweizerisches Juristen Zeitung* 9 (1912-1913), 386 ss. Para este autor la responsabilidad quinquenal se refiere sólo a la culpa por otro, pues cuando se trata de culpa personal del ingeniero o del arquitecto rige la responsabilidad decenal (loc. cit., p. 387).

(103) OSER-SCHÖNENBERGER, op. et vol. cit., p. 1408.

Otra novedad de la misma consiste en la inclusión como pasivamente legitimados, del arquitecto y del ingeniero, profesionales que normalmente están vinculados al dueño por un contrato de servicios o de mandato (104).

La determinación de los vicios a que alude el transcritto precepto no plantea especiales problemas; habrá que tener en cuenta la doctrina general sobre los vicios en el contrato de obra. Sí, en cambio, interesa determinar lo que debe entenderse por "construcción inmobiliaria"; sólo se ofrecen criterios de carácter general, añadiendo para ilustración la casuística jurisprudencial; se toman en consideración los usos del lenguaje y el destino de la construcción (104 bis).

Probada la existencia de un vicio, el dueño podrá dirigirse contra el contratista, o contra el arquitecto o el ingeniero. Como he dicho, en cada caso la acción tendrá un fundamento distinto: el contrato de obra para el primero, el de servicios o el de mandato para los otros dos. Precisamente se aduce como justificación de esta extraña referencia a los arquitectos e ingenieros en esta sede, la necesidad de unificar los plazos de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad por vicios, ya que mientras el empresario responde durante cinco años, el arquitecto y el ingeniero quedarían sujetos a responsabilidad por incumplimiento de contrato de servicios o de mandato durante diez años, conforme al artículo 127 del Código de Obligaciones (105). Resulta así privilegiada la situación jurídica de estos profesionales.

Al tener un distinto fundamento, la responsabilidad entre el empresario y el arquitecto o el ingeniero no es solidaria (106), si bien se admite una acción de regreso del primeramente demandado contra el que, en definitiva, resulte responsable. También se admite (107) que el adquirente del edificio a título particular por actos inter vivos puede ejercitar las acciones por vicios con base en el artículo 371, 2, beneficiándose así de unos plazos mayores de prescripción que los de las acciones que derivan de la compraventa.

Los vicios deberán ser denunciados lo antes posible, sin que se señale tiempo determinado para ello. Pero siempre habrán de serlo antes del transcurso de cinco años desde la recepción. Este plazo es, al mismo tiempo, de duración de la garantía y de prescripción de la acción.

(104) "Dass auch die Architekten und Ingenieure, obgleich sie meist nicht Unternehmer sind, sondern in einen Dienst —oder Auftragverhältniss stehen" dicen los autores citados en la n. anterior.

(104 bis) OSER-SCHONENBERGER, op. et loc. cit., p. 1408. Se entiende por construcción inmobiliaria toda cosa independiente unida al suelo, fabricada con materiales por la mano del hombre y que tenga importancia económica; pueden ser nuevas construcciones (edificios, casas puentes, muros de seguridad, cercas, etc.) o reformas y mejoras en una construcción antigua; se excluyen las obras en sentido estricto.

(105) Así BECKER, op. et vol. cit., p. 485; OSER-SCHONENBERGER, op. et vol. cit., p. 1409; PORRET, loc. cit., p. 389, habla de un caso de equidad.

(106) Así BECKER, op. et loc. cit. Para PORRET, loc. cit., p. 388, se trata de un supuesto de solidaridad imperfecta.

(107) BECKER, op. et vol. cit., p. 486.

Hay que señalar, por último, que, inspirándose en el artículo 1.386 del Código francés, aunque extendiendo su alcance (108), el Código suizo de Obligaciones contiene, dentro del capítulo relativo a los actos ilícitos, un precepto que contempla la responsabilidad del propietario por la ruina de un edificio o de otra obra cualquiera (109).

Presupuestos de la responsabilidad, conforme al artículo 58, son (110):

- a) que se trate de un edificio o de otra obra (111);
- b) que concurra un vicio de construcción (112) o una falta de reparación;
- c) que se haya producido un daño;
- d) que exista una relación de causalidad entre aquel vicio o falta y el daño. Entiende la doctrina (113) que se trata de una responsabilidad independiente de la culpa del propietario, que se fundamenta en el riesgo o en la equidad. Por ello, la relación de causalidad que se requiere es una pura causalidad objetiva.

El propietario responsable puede repetir contra las personas que, a su vez, son responsables ante él por esta causa; en la primera relación del Código de Obligaciones, sólo tenía acción contra el constructor, pero luego se amplió a cualquier tercero. El regreso se apoya normalmente en una relación contractual (arrendamiento, contrato de obra), en una relación de usufructo, o, finalmente, según las normas generales de la responsabilidad por actos ilícitos.

Se discute por la doctrina (114) si cabe eliminar anticipadamente la responsabilidad según el artículo 58.

(108) BECKER, *Kom. cit.* ad art. 58, p. 310, subraya las analogías y diferencias entre ambos preceptos.

(109) Artículo 58 Código suizo de Obligaciones:

"Le propriétaire d'un bâtiment ou de toute autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien.

Est reservé son recours contre les personnes responsables envers lui de ce chef."

Sobre esta norma, cfr. MEAN, *La responsabilité du propriétaire de bâtiment ou de tout autre ouvrage* (Diss. Lausanne, 1904); SUTER, *Der Zufall im heutigen schw. O. R.* (Diss. Freiburg, 1916); BÖCKLI, *Die Billigkeitshaftung des Art. 58 des Schw. O. R.* (Diss. Bern, 1918); ROTHENHAÜSNER, *Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schw. Zivilrecht* (Diss. Zurich, 1919).

(110) BECKER, *op. et loc. cit.*, p. 311 ss.

(111) No resulta fácil determinar qué debe entenderse por "toute autre ouvrage" (el texto alemán dice "ein anders Werk"). Para VON TUHR, *Partie générale du Code général des Obligations I* (Lausanne, 1929), p. 360 s., hay que considerar tales no sólo las obras unidas sólidamente al suelo (puentes, canales, conducciones de agua, carreteras), sino también los objetos incorporados al suelo de una manera superficial o utilizados temporalmente en un lugar determinado.

(112) Para BECKER, *Kom. cit. V* 1, p. 313, hay vicio en la construcción, a los efectos del art. 58, cuando ésta no se corresponde a las normas generales técnicas vigentes, que debían ser tenidas en cuenta en atención al fin del edificio o de la obra. Para ello debe atenderse al estado de la técnica en el momento de verificarse la construcción o la obra, y así, no se responderá cuando la obra no corresponda a normas técnicas aparecidas posteriormente.

(113) VON TUHR, *op. et vol. cit.*, p. 361; BECKER, *op. et vol. cit.*, p. 312.

(114) Estado de la cuestión en BECKER, *op. et vol. cit.*, p. 318.

I) DERECHO GRIEGO

Aunque suele decirse que el vigente Código civil griego se ha inspirado en el Derecho germánico, sin embargo, en materia de vicios en la construcción de inmuebles más bien parece seguir la orientación de los Derechos latinos, al menos en cuanto al plazo de prescripción de la acción. Así, conforme al artículo 693: "Las pretensiones del dueño por los defectos de la obra prescriben al expirar los diez años a contar del día de su recepción, si se trata de construcciones o de otras instalaciones inmobiliarias, y en otro caso a los seis meses." Se prescinde del arquitecto —como en los Derechos alemán e italiano moderno—; se hace coincidir claramente el plazo de duración de la garantía con el de ejercicio de la acción; y respecto de la duración de éste se sigue el precedente francés e italiano, y no el germánico de los cinco años.

Dentro del capítulo dedicado a los actos ilícitos, el artículo 925 regula la responsabilidad extracontractual derivada de la caída de edificios: "El propietario o el poseedor de un edificio, o de otra obra unida al suelo, responde del daño causado a un tercero por su caída total o parcial, a menos que pruebe que la caída no se debe a vicio de construcción o a falta de reparación." La acción para exigir esta responsabilidad prescribe, por regla general, a los cinco años.

II) CONCLUSIONES QUE SE DEDUCEN DEL DERECHO COMPARADO

A excepción del All. B. G. B. austriaco, todos los Códigos europeos de los siglos XIX y XX regulan especialmente la responsabilidad del constructor y a veces de otras personas que han intervenido o colaborado en la edificación, por la ruina o por los vicios de los inmuebles. Con base en un aislado precedente romano, que estaba dado originalmente para el Derecho público, la establece por primera vez el Código francés, al que imita el holandés, y siguen, con mayor o menor fidelidad, el italiano de 1865 y el portugués. Otra dirección se inicia en el B. G. B. alemán, que es continuada —en parte al menos— por el Código federal suizo de obligaciones. Las divergencias entre ambas orientaciones no son, sin embargo, fundamentales, y, hasta cierto punto, vienen a desaparecer en el Código italiano de 1942 que ha recogido elementos de una y otra.

Me parece que la idea común a las diversas reglamentaciones viene a ser la necesidad de resolver un conflicto de intereses. Bajo una y otra fórmula legal, se contempla por el legislador la construcción de edificios o inmuebles destinados a tener una vida prolongada; mientras el constructor está interesado en verse liberado cuanto antes de responsabilidad por la obra realizada, de otra parte, el dueño de la obra y el eventual adquirente de la misma deben ser protegidos de las consecuencias de un vicio que es posible tarde cierto tiempo en manifestarse; secundariamente se tiene en cuenta el interés social de que

los edificios no se derrumben o se arruinen, con riesgo de las personas y de los edificios contiguos.

El legislador viene a resolver este conflicto de intereses estableciendo una garantía legal a cargo del constructor que suele representar, normalmente, una agravación de su posición jurídica, sea en cuanto al tiempo de vigencia de dicha garantía, sea en cuanto a la presunción de culpa que se establece en su contra.

Es de notar que las diversas legislaciones difieren en el detalle de los procedimientos técnicos de funcionamiento de dicha garantía (115); no siempre coincide el ámbito de legitimación activa y pasiva, ni el contenido de tal responsabilidad. Tampoco está de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la configuración jurídica de la misma. Sobre todo en el ámbito de las legislaciones latinas se discute acerca de si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual; mientras en la doctrina predomina con mucho la primera teoría, en la jurisprudencia es mayoritaria la segunda.

Señalaré, por último, que junto a estas normas que establecen la referida responsabilidad dentro del contrato de obra o empresa, los Códigos —incluso el austriaco— contienen, dentro de los actos ilícitos, disposiciones especiales que atribuyen al propietario o poseedor de un edificio —y, eventualmente, también a cargo de otras personas— una responsabilidad por ruina de los edificios cuando debe su origen a vicio de la construcción o a falta de las reparaciones necesarias; pero es diversa la fundamentación de tal responsabilidad (la culpa ordinaria, una presunción de culpa, la responsabilidad objetiva o por riesgo, etc.). Hay, por tanto, una dualidad de fuentes de la responsabilidad por unos mismos hechos (vicios o ruina de inmuebles) con un círculo de pasivamente legitimados sólo parcialmente coincidente.

4. DERECHO ESPAÑOL: LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL.

Los precedentes legislativos en el Derecho español del artículo 1.591 del Código civil se encuentran en la Ley 21, título 32, Partida 3.^a, y en el artículo 1.532 del Proyecto de 1851.

A) LA LEY 21, TÍTULO 32 DE LA PARTIDA 3.^a, DICE ASÍ:

“Legalmente y con gran femeneia deben mandar fazer las labores aquellos que son puestos sobre ellas, de manera que por su culpa, nin por su pereza non sea y fecha alguna falsoedad; e si así non lo fiziesen a los cuerpos e a quanto que oviesen, se debe tornar al rey por ello. E si por aventura la labor que fuese fecha de nuevo se derribase, o se

(115) Así, unas veces se la configura legalmente como un caso especial de la responsabilidad por vicios ocultos de la obra (ya se regulen éstos con remisión a la compraventa o con normas independientes), otras se establece con autonomía.

moviese ante que se acabase, o quince años después que fuese fecha, sospecharon los Sabios antiguos que por mengüa o culpa o por falsedad de aquellos que eran puestos para fazerlas, aconteciera aquel fallecimiento. E por ende ellos, o sus herederos son tenudos de refazerlas a su costa, e misión; fueras ende, si las labores se derribasen por ocasión, así como por terremoto, o por rayo, o por grandes avenidas de ríos o aguaduchos, o por otras grandes ocasiones semejantes destas."

Cabe observar respecto de esta ley, que aunque el criterio sistemático no es decisivo tratándose de un cuerpo de leyes que constituye una mera recopilación, no deja de ser curiosa su inserción en un título de marcado carácter iuspublicista que trata de las obras nuevas y de las obras ruinosas (116), que contiene una sanción de naturaleza penal (117), y que viene a continuación de otro dedicado a las servidumbres. Mientras que los contratos, y entre ellos el de obra, están agrupados en la Partida 5.^a Sin embargo, Gregorio López (118) hace el comentario de la citada ley a propósito de la Ley 16, título 8.^a, Partida 5.^a, que tiene por objeto la regulación del contrato de obra en su modalidad de precio a destajo y, especialmente, la responsabilidad del constructor por vicios en la obra. Dada su íntima relación con la ley antes transcrita, insertamos su texto a continuación:

"Destajos toman a las vegadas los maestros e los obreros, labores e obras por precio cierto. E por cohdicia de las acabar ayna, acuitanse tanto que falsan las obras, o non las fazen tan buenas como debian. E por ende dezimos que si alguno recibiese a destajo labor de algun castillo, o de casa, o de cosa semejante; e le fiziese cuytadamente, o la falsare de otra guisa, de manera que se derribe antes que sea acabada; que es tenudo de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio con los daños e los menoscabos que le vinieren por esta razón. E si por aventura non cayera la labor antes que sea acabada, e entendiere el señor della que es falsa, o que non es estable, debe llamar a omes sabidores e mostrarles la labor; e si aquellos omes sabidores entendieren que la labor es fecha falsamente, e conocieren que el yerro avino por culpa del maestro debela refazer de cabo, e tornar el precio con los daños e menoscabos al señor della segund es sobredicho. Mas si los omes sabidores que llamasen para esto entendiesen que la labor non era falsa, nin era en culpa el maestro; más que se empeorara después que él la fizó, o entretanto que la fazía, por alguna ocasión que acaesciese, así como grandes lluvias, o por avenidas de aguas, o por terremoto, o cosa semejante, non sería el maestro tenudo de la refazer nin de tornar el precio que oviese recibido."

Gregorio López no tuvo dudas sobre el carácter complementario de ambas leyes, preocupándose únicamente de justificar la extensión

(116) El título 32 se rotula así: "De las labores nuevas, como se pueden embargar que non se fagan; e de las viejas que se quieren caer, como se han de fazer, e de todas otras labores."

(117) "E si así no lo fiziesen a los cuerpos e a cuanto que oviesen, se debe tornar al rey por ello."

(118) Gregorio LÓPEZ, Glosa a *Las Siete Partidas* cit. II, p. 740.

de la norma romana referida a las obras públicas para hacerla aplicable a los contratos privados (119); a su juicio, la Ley 21 establece una presunción de que la obra se ha destruido por culpa del artífice, la cual puede quedar sin efecto por la prueba del caso fortuito (120).

Un estudio comparativo de ambas leyes nos convence, sin embargo, de la importancia de la extensión analógica llevada a cabo por el ilustre comentarista de las Partidas, lo que representa un gran avance respecto de la regulación romana del contrato privado de arrendamiento de obra.

La Ley 21 establece con carácter general la obligación del constructor de ejecutar la obra sin vicios; aunque no se indica, parece darse por supuesto que se contemplan sólo las obras de construcción de edificios, ya que propiamente sólo los inmuebles pueden derribarse por un terremoto. Esta garantía legal dura, naturalmente, todo el tiempo empleado en la construcción de la obra ("ante que se acabase"), y quince años más. La ruina o el resquebrajamiento del edificio ("se derribase o se moviese") dentro de ese plazo hace presumir que es debido a culpa del constructor, a menos que se demuestre la concurrencia de un caso fortuito (terremoto, rayo, avenidas de ríos, etc.). La responsabilidad alcanza al artífice y a sus herederos y tiene por contenido la reconstrucción o eliminación de los vicios o defectos ("son temidos a refazerlas a su costa").

La Ley 16 es más minuciosa en su reglamentación y añade pormenores más precisos. Se refiere a las obras contratadas a destajo; para Gregorio López (121) hay destajo "*sive recipit mercedem unicam pro toto opere, sive pro singulis diebus*". Contempla expresamente la construcción de inmuebles ("labor de algún castillo, o de torre, o de casa, o de cosa semejante"). Su originalidad fundamental consiste en establecer un derecho del dueño al reconocimiento pericial cuando sospeche que la obra entregada adolece de vicios ocultos. Se matiza la responsabilidad del constructor: rehacer la obra, o indemnizar los daños y perjuicios ("refazer de cabo, o tornar el precio con los daños e menoscabos"). El constructor queda libre de responsabilidad si el daño de la obra se ha producido por causas sobrevenidas, o por caso fortuito. Pero no se ve con claridad si la responsabilidad que establece a cargo del constructor es por incumplimiento de contrato o, a imitación de la compraventa, un verdadero supuesto de responsabilidad por

(119) Gregorio López, *Glosa sea acabada*, op. et vol., p. 740: "quac licet loqui videantur in operibus publicis, et ita ita Doct. intelligunt; tamen idem videtur in aedificiis privatis ex ratione praedictarum legum, cum praesumantur, intra dictum tempus opere dirupto, vitio magister curruisse; quac ratio ita militat in privatis, sicut in publicis; unde in dubio, si non constet de casu fortuito ex quo opus corruit, vel quod alias accidit sine sua culpa, tenebitur magister intra dictum tempus."

(120) Gregorio López resume así el contenido de la Ley 21: "Si intra quindecim annos postquam esse factum aedificium demolitur, praesumuntur artificis culpa destructum, nisi terrae motu, radio, aut alio inopinato casu corruerit." (Op. et vol. cit., p. 449.)

(121) Gregorio López, *Glosa a destajo*, op. et vol. cit., p. 740.

vicios. Tampoco fija el tiempo durante el cual responde el artífice por los vicios.

No puede discutirse la oportunidad de poner en relación ambas Leyes; en particular, la Ley 21 viene a llenar la laguna de la Ley 16 en materia de plazo para exigir responsabilidad al constructor por ruina de los edificios, al mismo tiempo que inserta en el contrato de obra el deber de ejecutarla sin vicios. Sin embargo, no puede decirse que el encaje de ambas Leyes sea perfecto, y de este defecto de armonización se va a resentir la doctrina del siglo XIX, e incluso la propia regulación del Código civil.

B) LA DOCTRINA DEL SIGLO XIX (122)

Mientras Asso y De Manuel (123) se limitan a reproducir las Partidas, sin profundizar en las cuestiones planteadas por las Leyes 16 y 21, entre los autores del siglo XIX se trata con cierto detenimiento el contrato de arrendamiento de obra y, dentro del mismo, la responsabilidad por vicios. Destacan, entre las cuestiones tratadas, las referentes a las personas que celebran el contrato, la relativa a la regulación de los vicios, y las presunciones de culpa a cargo del contratista, arquitecto o maestro de obras. La doctrina maneja criterios extraídos del Derecho romano, no siempre coincidentes con los de la legislación de Partidas; y, al menos en parte, sus incertidumbres han pasado a la regulación del contrato de obra en nuestro Código, que es una de las más imperfectas de los Códigos modernos.

a) La intervención del arquitecto en el contrato de obra.

En España la profesión de arquitecto no recibe un estatuto legal hasta mediados del siglo XVIII. Fernando VI, continuando los esfuerzos iniciados por Felipe V, promulga la Real Cédula de 30 de mayo de 1757 estableciendo la Academia de Nobles Artes de San Fernando. Hasta entonces la profesión aparecía regulada de una forma empírica; los Cabildos Eclesiásticos, los Ayuntamientos y otras Corporaciones nombraban maestros de obras entre las personas que se distinguían en este arte, pero sin exigirles título alguno, ni especiales conocimientos arquitectónicos; tales nombramientos autorizaban para la dirección de obras de particulares dentro de las respectivas localidades; los reyes, por su parte, otorgaban también el título de "Maestros Mayores" que, sin embargo, no autorizaba para ejercer el cargo con carácter de

(122) ARRAZOLA, *Encyclopedie española de Derecho y Administración* III (Madrid, 1850), s. v. *Arquitecto. Arquitectura*; VICENTE y CARAVANTES, *Febrero reformado*⁴ (Madrid, 1852); BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*² IV (Madrid, 1871); SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español en forma de Código*² (Madrid, 1873); ESCRICHÉ, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (ed. de Vicente y Caravantes y Galindo) (Madrid, 1874) I, s. v. *Arquitecto*; LASERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*¹² (Madrid, 1877); VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*⁴ (Valencia, 1879).

(123) ASSO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*⁸ (Madrid, 1780), p. 303 ss.

generalidad. Pero establecida la Academia de Nobles Artes, han de pasar bastantes años antes de que la profesión adquiera el prestigio y la preminencia social que luego habían de caracterizarla; se lucha en varios frentes, primeramente en orden a lograr un perfeccionamiento de los estudios exigidos a los candidatos al título (y en este aspecto deben señalarse el R. D. de 25 de septiembre de 1844 y la R. O. de 28 de septiembre de 1845, que reformaron los estudios de la Academia y aprobaron su Reglamento), pero también para obtener diversas prerrogativas (nobleza personal, libre ejercicio de la profesión fuera de la Corte y competencia exclusiva), así como para que tales derechos se les reconozcan en la práctica, especialmente en relación con los Cabildos y con las actividades de los maestros de obras (siendo necesario dictar varias disposiciones para deslindar el campo de competencia de unos y otros: R. D. de 22 de julio de 1864, D. de 8 de enero de 1870 y de 5 de mayo de 1871). Es curioso constatar que ya por algunos escritores se denunciaban los males inherentes al disfrute de algunas de las prerrogativas que los arquitectos habían logrado (124).

Nada tiene de extraño, ante la situación descrita, que la doctrina jurídica no acierte a diferenciar debidamente las respectivas funciones de los arquitectos, maestros de obras y alarifes (125) en relación con el contrato de obra, y así se define éste como el “que hace un arquitecto, alarife o maestro de obras, obligándose a la construcción de una casa u otro cualquier edificio” (126).

(124) Con vigor denunciaba ARRÁZOLA (*Encyclopædia cit.*, s. v. cit., ciertas abusos que a la sazón se cometían: “Cuando tan escaso es el número de arquitectos en España, cuyo número no llega al de 300, y no muy abundante el de maestros de obras, insistir en el privilegio de intervenir y dirigir todas las que se hagan, es empeñarse en un imposible, por falta de directores necesarios para las muchas que se construyen de cada clase. Además, sucede con frecuencia que prevaleidos de este derecho, toman a su cargo la dirección de todas las obras que se ejecutan a la vez en una población, cargando en cuenta a los dueños salarios iguales a cada una, cuando todo lo que hacen se reduce a practicar una visita rápida e insignificante, que no da ni disminuye el grado de inteligencia con que los aparejadores, alarifes, oficiales, etc., impulsan la ejecución material de las mismas”. A este autor se le ocurría la misma solución que ahora se ha propugnado para remediar la escasez de estos profesionales: “Ya que no tienen número suficiente con que atender a todas las exigencias de la fabricación, procure que se aumente más y más, y al mismo tiempo, que sus alumnos autorizados —se refería a la Academia— no ejerzan una influencia demasiado onerosa sobre los habitantes de las poblaciones.”

(125) Según ARRÁZOLA, *Encyclopædia cit.*, s. v. cit., Alarife es un nombre árabe, aplicable, según Covarrubias, al que era sabio en las artes mecánicas y juez de obras de albañilería; pero modernamente se reserva a los que, sin ser Maestros mayores ni Arquitectos, tienen a su cargo la ejecución material de las obras cuando éstas se hacen bajo la dirección de uno de aquéllos, siendo propiamente unos aparejadores, con alguna más inteligencia y la facultad de dirigir por sí mismos obras de segundo orden y de poca responsabilidad.

Hoy día ha caído en desuso esta denominación, y la definición que ofrece Arrázola carece de sentido.

(126) Así, ESCRICH, *Diccionario cit.*, s. v. *Arquitecto*, Benito GUTIÉRREZ, op. et vol. cit., p. 467 ss., habla preferentemente de los maestros de obras, aunque equipara a ellos los arquitectos. Para VICENTE y CARAVANTES, op. cit. II, p. 329, el arquitecto es quien contrata el arrendamiento de industria. SÁNCHEZ

Algunos autores, sin embargo, introducen un principio de diferenciación. Así, Arrázola (127) critica a Escriche por no distinguir entre las obligaciones de los arquitectos y las que derivan del contrato de obra, incluyendo unas y otras bajo epígrafes diferentes (128). Los arquitectos hacen las obras que toman a su cargo de dos maneras: bien contratando su ejecución bajo cierto precio convenido y otras condiciones que se estipulan entre ellos y los dueños de las obras, bien sin que medie contrato alguno y por la sola observancia de las reglas generales de la profesión (129); parece que en el segundo caso estamos fuera del contrato de obra, y con técnica actual diríamos que el arquitecto celebra un arrendamiento de servicios profesionales. Arrázola habla de ciertas *obligaciones naturales* inherentes a la profesión de arquitecto, entre las cuales cita la contenida en la Ley 21.

En resumen, por lo que se refiere a la intervención del arquitecto en la celebración del contrato de obra, hay que concluir que estos profesionales logran ver reconocido su estatuto legal en el siglo XIX, pero no se consigue configurar jurídicamente de modo autónomo su intervención en la dirección y ejecución de obras. Esta situación de hecho aparecerá recogida, por ej., en el artículo 1.593 del Código civil: "El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio..." (130).

b) El problema de los vicios.

La doctrina invoca principios romanos —que ya vimos no eran nada claros—, junto a las leyes de Partidas, dando por resultado un sistema poco coherente. Se concede gran importancia a si el que contrató la obra prometió sólo su trabajo, o si puso los materiales y el suelo; en el primer caso se trata de un puro arrendamiento de obra, mientras que en los otros dos se considera existente un contrato mixto de arrendamiento y compraventa.

Benito Gutiérrez (131) se ocupa de los vicios con bastante amplitud. Si la obra perece, en todo o en parte, *antes de estar acabada*, se presume que ha perecido por defecto de construcción y, en consecuen-

DE MOLINA, op. cit. I, p. 468, "el contrato de obras es el convenio celebrado por un arquitecto o maestro de obras". LASERNA y MONTALBÁN, op. cit. II, p. 299, hablan con preferencia del arquitecto, aunque también se refieren indistintamente al alarife.

(127) ARRÁZOLA, *Encyclopedie* cit., s. v. *Arquitecto. Arquitectura*.

(128) Expone las primeras s. v. citada en la nota anterior, mientras que s. v. *Arrendamiento* trata "de los que toman a su cargo la ejecución de una obra". Pero no extrae las últimas consecuencias de la distinción.

(129) Este autor, con el grandilocuente lenguaje del siglo XIX, pondera la importancia de los deberes y responsabilidad de los arquitectos: "Son de grave trascendencia —dice—, tratándose del ejercicio de un arte en que entra por mucho la salubridad pública, la seguridad de los individuos, la economía en el empleo de capitales, el ornato de las poblaciones, la comodidad, la decencia y otros beneficios que reportan al hombre."

(130) Problema diverso, que luego intentaremos resolver, es si la mención del arquitecto en el art. 1.591 tiene idéntico significado u obedece a otras motivaciones.

(131) Benito GUTIÉRREZ, op. et vol. cit., p. 467. ss.

cia, por falta de maestro de obras, de manera que no le queda acción para reclamar el precio (o sea: pierde su trabajo). *Concluida la obra*, si el dueño recelase que era falsa, o estaba mal construida, puede hacerla reconocer por peritos, y si estos entendiesen que la obra había sido mal hecha y que el yerro vino por culpa del maestro, tiene igual responsabilidad que si hubiese perecido antes de acabarla.

Parece sentar con claridad una responsabilidad a cargo del constructor por razón de *vicios ocultos*. Así, dice (132) que aprobada la obra, el riesgo es para el dueño que la aprobó, ora ocurra por culpa suya o por accidente fortuito; y lo mismo sería aunque el mal aconteciese por defecto de la obra o por culpa del maestro, si el dueño conocía el vicio al aprobarla; pero si lo ignoraba y prestó su aprobación por engaño, sin conocer el vicio, el riesgo sería para el conductor o el maestro, a pesar de este acto. Pero es de observar que Benito Gutiérrez no señala el plazo para exigir la responsabilidad por vicios ocultos, y que comenta con independencia la Ley 21; a su juicio, de esta ley deriva para arquitectos y maestros de obras el compromiso personal de procurar la solidez de la obra, y realizar su construcción conforme a las reglas del arte y al plano presentado; el incumplimiento de tal obligación determina una sanción. Pero no intenta poner en relación la Ley 21 con la responsabilidad por vicios ocultos.

Laserna y Montalbán (133) intentan cohonestar sistemáticamente las Leyes 21 y 16, pero es dudoso si lo consiguen:

“Cuando el arquitecto pone el terreno, si el edificio se arruina o destruye en parte antes de estar concluido y recibido por la persona con quien contrató su construcción, aunque el daño proceda de caso fortuito o fuerza mayor, recaerá sobre el arquitecto. Pero si terminada la obra y avisado el comprador para que la reciba hubiese tardanza de éste, suyo será el peligro, ocasionado por accidente, y sin culpa del arquitecto. Constituyendo esta forma de ajuste de obra una verdadera compra y venta... se la aplican las disposiciones de las leyes que rigen este contrato respecto al peligro de la cosa vendida. Cuando el arquitecto o maestro de obra ha puesto solamente su industria personal, si el edificio se destruye por un acontecimiento fortuito, y no por vicio de construcción, o culpa del arquitecto o de sus operarios, el daño corresponderá al dueño... Mas si la obra se hubiera arruinado no por causas imprevistas o inevitables... sino por impericia o falta de diligencia del arquitecto o alarife, éste quedará obligado a levantar de nuevo o a reparar el edificio destruido o deteriorado. Concluida la obra, debe avisar al que la encargó para que la reciba y se dé por satisfecho de ella: éste tiene derecho de hacer que sea reconocida por peritos nombrados por ambas partes, y del reconocimiento resultará, o bien su obligación a recibirla y pagarla, o bien la del maestro alarife a demolerla o a repararla a su costa y a satisfacer además los daños y perjuicios. Si no hubiese practicado el reconocimiento, será preciso

(132) Benito GUTIÉRREZ, op. cit. vol. I, p. 471 s.

(133) LASERNA y MONTALBÁN, op. cit. II, p. 299 s.

que la obra dure sin falsear por espacio de quince años para tenerla por sólida y bien hecha, a no ser que el daño provenga de caso fortuito, no imputable al constructor. Si el alarife pone también los materiales, el perjuicio y daño de la obra, aun acaecido por caso fortuito antes de haberla recibido y darse por satisfecho el dueño, serán de cuenta y riesgo del constructor, y sólo del propietario si hubo por su parte mora o tardanza en recibirla después de concluida y de haber sido avisado por el maestro."

Es ingeniosa la solución de entender que la Ley 21 se refiere al supuesto de falta de reconocimiento pericial, pero ello no satisface, ya que, precisamente, la necesidad de una garantía más prolongada suele justificarse por el hecho de que los posibles vicios en la construcción de inmuebles no se descubren en el momento de la entrega de la obra, ni siquiera al ser examinadas por expertos.

Otros autores (134), con menos preocupaciones dogmáticas, se limitan a decir que los arquitectos, maestros de obras o alarifes están obligados a ejecutar la obra con solidez y perfección, respondiendo por incumplimiento de dicha obligación durante quince años.

En materia de vicios, por tanto, los autores anteriores al Código civil no exponen una doctrina clara, ni llegan a conclusiones coincidentes en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad establecida por la Ley 21.

c) La presunción de culpa a cargo del contratista, arquitecto o maestro de obras.

En cambio, la Ley 21, título 32, Partida 3.^a, aparece interpretada en su funcionamiento con bastante uniformidad. Si la obra se destruye o falsea durante su construcción, o quince años después, se presume que se ha debido a culpa del arquitecto o contratista (135); la ley ha sentado una presunción y pesa sobre él la prueba contraria, sin que la buena fe le exima de responsabilidad, porque puede incurrir en ella tanto si el vicio procede de malicia como si procede de ignorancia, siendo como es en él un deber la pericia (136); se insiste en que no siempre la causa le será imputable, pero responde cuando procede de impericia, de descuido y falta de la diligencia especial que necesitan emplear, de la equivocada elección de operarios, del empleo de materiales de mala calidad, de no haberse escogido bien el suelo donde ha de edificarse y de su falta de preparación, de su poca asistencia a la dirección de dichas obras y, en general, de cualquiera de las omisiones, dilaciones y errores en que incurran voluntariamente, o no poniendo

(134) ARRÁZOLA, op. cit., s. v. *Arrendamiento*; VICENTE y CARAVANTES, op. cit. II, p. 329; SÁNCHEZ DE MOLINA, op. cit. I, p. 470.

(135) Benito GUTIÉRREZ, op. et vol. cit., p. 473; ARRÁZOLA, op. cit., s. v. *Arrendamiento*; ESCRICHÉ, op. cit., s. v. *Arquitecto*; VICENTE y CARAVANTES, op. cit. II, p. 329.

(136) ARRÁZOLA, op. et loc. cit.

de su parte la diligencia y esfuerzo propio para evitarlos (137); sólo se libera de responsabilidad si prueba el caso fortuito (138).

C) EL ARTÍCULO 1.532 DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE 1851

Muchos de los autores citados en el apartado anterior, que fundamentalmente exponen la doctrina con base en las Partidas, se refieren también al Proyecto de 1851, aunque sin concederle un valor decisivo en este punto al no haber llegado a ser Derecho vigente. Dicho Proyecto de Código tiene para nuestro estudio la importancia de haber previsto en un precepto especial la responsabilidad del arquitecto o empresario por ruina de los edificios. Se trata del artículo 1.532, cuyo texto literal dice así:

"El arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinare por vicio de la construcción o del suelo. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado."

Son importantes las diferencias con respecto a la Ley 21. Fundamentalmente, la reducción del plazo de duración a diez años, y la mención expresa del arquitecto; se trata de novedades introducidas, sin lugar a dudas, a imitación del Código francés; pero se separa del artículo 1.792 de este último en cuanto que, para el arquitecto, excluye expresamente la necesidad de que la obra se haya contratado a precio alzado ("à prix fait").

También son notables las divergencias con el texto del artículo 1.591 del Código español, como luego expondré.

Es de notar que García Goyena hace unas referencias al Derecho romano que no son congruentes (139), dando a entender que el transcritto precepto es el único que regula los vicios de la obra una vez que

(137) ARRÁZOLA, op. cit., s. v. *Arquitecto. Arquitectura*. A juicio de ESCRICHE, op. cit., s. v. *Arquitecto*, puede atribuirse la ruina, o falseamiento de la obra, a culpa del arquitecto o alarife: 1.^o Cuando trae su origen de algún vicio de construcción, sea por impericia o descuido de parte de él o de sus operarios. 2.^o Cuando procede de vicio o poca solidez del suelo, porque de la inspección del arquitecto era señalar la naturaleza del terreno y la mayor o menor resistencia que presentaba para sostener la carga que se le iba a imponer. 3.^o Cuando viene de la mala calidad o del mal estado de las maderas u otros materiales empleados, sea que los haya puesto de su cuenta el mismo arquitecto, sea que los haya suministrado el que mandó hacer la obra, a no ser que en este último caso hubiere conocido el dueño de la obra dichos defectos o se los hubiese advertido el arquitecto.

(138) Cfr. los autores citados en la nota (135).

(139) GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español* III (Madrid, 1852), p. 484. Los pasajes romanos que cita no se refieren al único precedente directo, constituido por la Constitución de Graciano, Valentíniano y Teodosio, contenida en el C. Th. XV, 1, 24, y que luego fué recogida en C. J. VIII, 11, 8. García Goyena reproduce unos fragmentos del Digesto, 19, 2, 62, aunque sin citar la fuente. Este pasaje no se refiere a la ruina de una construcción ocurrida después de la entrega, sino a la producida antes de la recepción y aprobación.

ha sido entregada; dicho autor, por otra parte, no ofrece ninguna razón de la abreviación del plazo de responsabilidad, con relación a las leyes de Partida.

5. LA RESPONSABILIDAD POR RUINA DE LOS EDIFICIOS EX ARTICULO 1.591

A) EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Entiendo que la acción de indemnización basada en el primer párrafo del artículo 1.591 del Código civil español es de naturaleza distinta que la enunciada, tan esquemáticamente, en el segundo.

En efecto: en cuanto a aquélla, y con relación al contratista, se trata de una sanción por incumplimiento de un específico deber de no dañar el patrimonio ajeno, en forma directa o indirecta (140), formulado con carácter general en el artículo 1.902 y aludido por remisión en el artículo 1.909; respecto del arquitecto, representa una sanción por incumplimiento de un deber de pericia profesional, consistente en la observancia de las reglas de su arte, tal como lo ha venido exigiendo la tradición jurídica española, aun cuando no esté expresamente recogido por ninguna disposición legal.

Hay que observar que la mención del arquitecto en el primer párrafo del artículo 1.591 ha sido conscientemente querida por el legislador, de modo que la expresión legal "igual responsabilidad y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere" viene a significar una acumulación, y no una yuxtaposición alternativa como en el artículo 1.532 del Proyecto de 1851.

Los deberes aquí contemplados son deberes legales por su origen, que el legislador ha estimado oportuno sancionar expresamente, con independencia y al margen de toda relación contractual. La responsabilidad se basa en un actuar culposo o negligente, por lo cual constituyen supuestos concretos de la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1.902. No representan, en cambio, casos de responsabilidad objetiva; ni tampoco, pese a las apariencias, de responsabilidad por riesgo. El artículo 1.591, como luego expondré, viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, a cargo del contratista y del arquitecto.

La responsabilidad expresada tiene su fundamento en el interés público, ya que a la comunidad interesa que las edificaciones destinadas a tener una duración prolongada estén construidas con arreglo a las reglas de la técnica, cuyo conocimiento se presume dentro del ámbito de su respectivo obrar en el contratista y en el arquitecto (141).

(140) La indemnización por daños y perjuicios que aquí se establece puede comprender incluso el resarcimiento por los daños derivados de las muertes o lesiones producidas por el derrumamiento de un edificio.

(141) Cuando concurre imprudencia punible, los Tribunales de lo criminal sancionan el delito de daños o de lesiones por imprudencia cometido por el contratista (cfr. sentencia de 28 abril 1958 de la Sala 2.^a del T. S. —derrumbe—).

La naturaleza jurídica que aquí se propugna de la responsabilidad ex párrafo 1.º del artículo 1.591 tiene, respecto de la contractual, que es la predominante en la doctrina, las características siguientes: Representa una *agravación* para los obligados en cuanto que está legitimado para invocarlo cualquier perjudicado (haya o no contratado el arrendamiento de la obra) y, asimismo, porque establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en su respecto. Pero, bajo otro aspecto, implican un *trato de favor* para los obligados —como lo hacía notar García Goyena (142) respecto del artículo 1.532 del Proyecto de 1851— en cuanto que limitan en el tiempo la duración de la garantía (que con base en el artículo 1.902 no tendría ninguna cortapisia temporal), así como reduce extraordinariamente la duración de la acción para hacer efectiva aquella responsabilidad (un año, al ser extracontractual, en lugar de quince años, de ser contractual).

Calificar de extracontractual la responsabilidad aquí estudiada tiene, en mi opinión, las siguientes ventajas: Suministra un fundamento aceptable a la responsabilidad del arquitecto; desliga la interpretación del artículo 1.591 del espinoso problema de los vicios en el contrato de obra; permite relacionar congruentemente los artículos 1.591 y 1.909 del Código civil, que de otra suerte no es posible armonizar; ofrece una solución práctica al importante problema del plazo de ejercicio de la acción ex artículo 1.591.

La interpretación aquí sostenida tiene su apoyo en los razonamientos siguientes:

a) La letra del párrafo 1.º del artículo 1.591 tanto autoriza una interpretación contractual como extracontractual. Allí sólo se dice que

miento de una casa contigua al efectuar trabajos de derribo sin arquitecto ni aparejador—; S. 17 octubre 1955 —desplome de una cantera por no adoptarse las medidas técnicas necesarias—; S. 8 junio 1953 —muerte de dos obreros por desprendimiento en las obras de construcción de un pozo—; S. 8 octubre 1952 —derumbamiento de un edificio por defectos de construcción y falta de aparejador—, por el dueño (S. de 14 mayo 1955: notoria falta de atención a las indicaciones del arquitecto por parte del dueño, lo que produce el hundimiento de una casa contigua al solar en que se realizan trabajos de vaciado), o por ambos conjuntamente (así en la S. de 3 mayo 1956 se contempla el hundimiento de un edificio en construcción debido a la imprudencia del contratista, que prescindió del enlace necesario de los pilares, y a la negligencia del dueño, que no acudió a una persona técnica para dirigir la construcción).

En la S. de 6 de junio de 1955, referente al trágico hundimiento ocurrido en Madrid el 14 de enero de 1944, en la calle de los Hermanos Miralles, y que costó la vida a 103 obreros, se rechaza el recurso interpuesto por los tres condenados, o sea, el encargado general de la obra, el arquitecto y el aparejador, afirmándose por el Tribunal Supremo que la prueba demuestra “el ultraje a las reglas exigibles como más rudimentarias para velar por la solidez de las edificaciones y la vida de quienes, con su esfuerzo, las levantan”, y que tales conductas constituyen “ejemplos clarísimos de negligencia profesional”. Entiendo, por mi parte, que el art. 1.591 C. c. regula las consecuencias civiles de tal negligencia profesional.

(142) No sin cierta ironía, dice GARCÍA GOYENA, op. cit. vol. cit., p. 484: “Si mal no me acuerdo, se ofició sobre el tenor de este artículo (se refiere al 1.532 del Proyecto) a la Academia de Nobles Artes, y no se recibió contestación.” Silencio que parece que hay que interpretar en el sentido de aprobación.

el contratista y el arquitecto responden por la ruina, y es obvio que esa responsabilidad puede tener uno u otro origen. Mientras que el sentido literal del segundo párrafo sólo puede autorizar una interpretación contractual.

b) Es muy dudoso —como lo prueban las vacilaciones de la doctrina (143) — que el citado párrafo primero establezca una obligación de saneamiento por vicios ocultos del edificio. Es cierto que en él se alude a los "vicios de la construcción" y al "vicio del suelo o de la dirección", pero —aparte de la incongruencia que supone imponer una tal responsabilidad a quien no ha sido parte en el contrato de obra— fácil es comprobar que la regulación que dicta este precepto difiere sustancialmente de la contenida en el contrato de compraventa que debería ser el modelo seguido por el legislador. No se trata de una norma general, sino aplicable solamente a los edificios; a diferencia de lo dispuesto en los artículos 1.484 y concordantes, se omite el requisito de que los vicios sean "ocultos"; la regulación que se dicta tiene poca semejanza con la del artículo 1.487 que contempla el supuesto de que "la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos", muy similar al de ruina de un edificio; aunque la jurisprudencia tiende a ensanchar el contenido de la indemnización, ampliándola a la indemnización *in natura* por la vía del artículo 1.098 (144), es lo cierto que el texto del precepto sólo se refiere

(143) Sólo MUCIUS SCAEVOLA, op. et vol. cit., p. 80, dice claramente que los vicios de la obra, después de entregada y recibida, si se trata de cosa mueble, se regirán por las normas y plazos de la compraventa, y si se trata de inmuebles, por el art. 1.591. En forma muy vaga alude a ellos COVRIÁN, s. v. *Arrendamiento*, en EJE.: "Recibida la obra, cesa la responsabilidad, salvo la que proceda de defectos ocultos, o del dolo del contratista con sujeción a las reglas generales." Para MANRESA, op. et vol. cit., p. 753 ss., se trata de una laguna legal. del estudio de los arts. 1.589 y 1.590 parece deducirse que la responsabilidad del arrendatario cesa una vez entregada la obra, salvo el caso especial previsto en el art. 1.591. Esta es, en efecto, la regla general, porque como dice Laurent, si el arrendatario, después de examinar el trabajo, acepta la obra sin hacer reclamación alguna al arrendador, parece como que este hecho implica la renuncia a reclamar con posterioridad. Pero puede ocurrir, como hace notar el mismo autor, que los defectos que la cosa tenga no sean apreciables a la simple vista, ni por el examen que ordinariamente suele hacerse de la clase de obras de que se trate, y, en este caso, justo y moral es que el arrendador responda de tales defectos que sólo más adelante pueden ser apreciados. No debe entenderse que el arrendatario renuncia al ejercicio de su acción derivada de un hecho cuya existencia desconoce. Este supuesto ha debido preverse por la ley, concluyendo Manresa que la acción para exigir responsabilidad por vicios será la personal, extinguéndose a los quince años; plazo que le parece demasiado largo. La opinión de Manresa es aceptada por VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español* IV-III (Valladolid, 1937), p. 598. Por una vía indirecta trata de llegar NART, *Contrato de obra y empresa*, en RDP. 35 (1951), 823, a la conclusión de que las normas sobre saneamiento en la compraventa son aplicables al contrato de obra: "el art. 1.553 —dice— hace una remisión tan general a la compraventa que, a pesar de su colocación en el capítulo de los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, fuerza a considerarlo como de aplicación general". Por último, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español* IV-2.º (Madrid, 1946), p. 305 ss., habla muy confusamente de una obligación de garantía a cargo del contratista.

(144) Así, en la sentencia de 20 noviembre 1959 se dice —Considerando

a los daños y perjuicios, mientras que del artículo 1.486 se desprende una triple posibilidad, el desistimiento del contrato, la reducción del precio y la indemnización de los daños y perjuicios.

c) De los precedentes históricos del artículo 1.591 se deduce: la excepcionalidad de lo dispuesto en la Constitución de Graciano, Valentíniano y Teodosio, aplicable sólo a las obras públicas; la singularidad de la Ley 21, Título 32, Partida 3.^a, que si bien fué interpretada por Gregorio López dentro del marco del contrato de obra, nunca se logró, por la doctrina posterior, y en particular por la del siglo XIX, integrarla coherentemente dentro de la regulación de este último. Cierto que no puede negarse el influjo francés en el vigente artículo 1.591, pero hay que resaltar la originalidad de nuestro Código, que mejoró sensiblemente la redacción del Proyecto de 1851, y la del artículo 1.792 del Código francés, dictando un segundo párrafo que no tiene paralelo en ninguno de los Códigos extranjeros. De cualquier forma, el Derecho comparado no es un argumento absolutamente favorable a la tesis contractualista, ya que no faltan autores italianos que sostienen la doctrina de la responsabilidad extracontractual, la que también es seguida por la jurisprudencia italiana actual y, al menos en parte, por la jurisprudencia francesa.

d) La tesis de la responsabilidad extracontractual es la única que permite una interpretación sistemática de los artículos 1.591 y 1.909, que atribuya a ambos plenitud de sentido. Acertó en este punto García Goyena cuando, con referencia al párrafo 2.^a del artículo 1.903 del Proyecto de 1851 (145), decía que era más justo y humano que el Código francés y los demás extranjeros de su época, los cuales únicamente hacen responsable al propietario de la ruina de un edificio, aunque ocurra por vicio de la construcción; con razón decía dicho autor: "acuda el vecino dañado contra el solo culpable".

Como antes indiqué, el primer párrafo del artículo 1.591 supone un tratamiento favorable, bajo ciertos aspectos, para constructores y arquitectos. En efecto, si prescindíramos de dicho párrafo, no habiéramos suprimido la responsabilidad extracontractual de estas personas, las cuales seguirían respondiendo conforme al artículo 1.902, sólo que sin límites temporales; así, probado el daño, la culpa o negligencia del constructor o del arquitecto, y la relación de causalidad, su responsabilidad era inevitable aunque la construcción del edificio datase de más de diez años (146).

segundo— que el antecedente del artículo 1.591 se halla en el artículo 1.098, en cuanto que dispone, *respecto de todo género de obligaciones*, deshacer lo mal hecho y ejecutar lo realizado contraviniendo el tenor de la obligación. (El subrayado es nuestro.)

(145) Decía así el párrafo 2.^a del artículo 1.903: "Si el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, y dentro del tiempo que fija el artículo 1.532", que ya sabemos era de diez años. Cfr. el comentario de GARCÍA GOYENA, op. cit. vol. cit., p. 257.

(146) RUBINO, op. cit., p. 363 (partidario de la tesis contractualista) interpretando el artículo 2.053 del C. c. italiano de 1942, dice: "Conforme al bien

El mero hecho de que el citado precepto se halle situado dentro de la sección que regula las obras por ajuste o precio alzado no parece ser un argumento decisivo para definir la naturaleza de la responsabilidad en él regulada. En ello han influido, sin duda, los precedentes de las legislaciones extranjeras y del Proyecto de 1851, pero sin que —a diferencia de otras legislaciones— el mero dato de su colocación sistemática tenga aquí un valor absoluto (147).

e) La interpretación propuesta ayuda mejor a resolver el conflicto de intereses en juego. En efecto, el ámbito de interesados es más amplio que el que puede derivarse de un contrato de obra (dueño-contratista), o de arrendamiento de servicios (dueño-arquitecto). La ruina del edificio construido, aparte de al interés público en general, puede afectar: al adquirente o adquirentes sucesivos del mismo pudiéndose extender mucho esta cadena de interesados en el transcurso de los diez años), a los usuarios del local por cualquier título (usufructo, uso, habitación, arrendamiento, hospedaje, contrato de espectáculos, contrato de trabajo o de servicios, etc.), a los ocupantes de hecho (precaristas, visitantes ocasionales). El legislador ha previsto que por parte del contratista y del arquitecto hay un legítimo interés en una pronta liberación; mientras que si se exigiera al perjudicado en todo caso la prueba de la culpabilidad por la ruina, habría casos en que, en razón al tiempo transcurrido, tal prueba sería imposible. La solución elegida ha sido la de limitar a diez años el período de tiempo dentro del cual funciona esta especial garantía por ruina de los edificios, al mismo tiempo que se ha facilitado la prueba de la culpabilidad, presumiéndola en el arquitecto y en el contratista, a menos que por éstos se pruebe lo contrario. Solución equitativa, que no puede menos de alabarse.

Pero esta solución no aparece compartida unánimemente por nuestra doctrina. Manresa (148) parece dar por supuesto que se trata de una responsabilidad contractual, observando únicamente que el plazo de duración es largo. Traviesas (149), que ha sido uno de los autores que más problemas han intuído en este precepto, no se pronuncia con claridad, aunque observa que se trata de una responsabilidad de orden público, que cuando es atribuida al arquitecto tiene su origen en el deber de no cooperar en la construcción de un edificio cuya ruina pueda causar daños, y que cualquier propietario que posteriormente adquiera el edificio está legitimado activamente para ejercitar la acción.

sentido, parece incongruente que la responsabilidad del contratista dure más tiempo frente a terceros que frente al dueño." Este, en efecto, puede, según la jurisprudencia, reclamar frente al constructor si la ruina fué ocasionada por su culpa, lo que, a su vez, hubo de indemnizar al tercero perjudicado, conforme al artículo 2.053; pero sólo dentro de los diez años, conforme al artículo 1.669. Mientras que los terceros, invocando las normas generales, pueden demandar en cualquier tiempo al arquitecto o contratista. El legislador español ha sido más previsor que el italiano de 1942.

(147) En el Derecho italiano, RUBINO, op. cit., p. 279, concede un valor decisivo a la colocación sistemática del artículo 1.669.

(148) MANRESA, op. et vol. cit., p. 754 ss.

(149) TRAVIESAS, op. et loc., cit., p. 45.

En cambio, Salom Antequera (150) se pronuncia decididamente por el carácter contractual de la responsabilidad derivada del artículo 1.591 —sin distinguir entre ambos párrafos—, la cual, por el lugar en que la establece nuestro Código civil, nace de culpa contractual y recae sobre el arquitecto o contratista para con el dueño de la obra solamente; pero esta interpretación doctrinal deja sin sentido posible el artículo 1.909, y así dicho autor prosigue: “sin que jamás pensara nadie, antes de redactarse el artículo 1.909, que dicha responsabilidad la contrajeran el arquitecto y contratista para con los terceros perjudicados por la ruina del edificio”, lo que le conduce, además, a una crítica desenfocada de este último precepto (151) y a hacer alguna afirmación gratuita (152). Mucius Scaevola (153), por su parte, dice que la prestación del plazo de garantía en las edificaciones es típicamente una obligación legal, emanada de un precepto taxativo que la impone en beneficio de una persona cierta y por razón de un contrato conocido; no explica debidamente la mención del arquitecto en el artículo 1.591, limitándose a afirmar que aun cuando no haya sido parte en el contrato, pone su pericia al servicio del dueño, de suerte que el contrato de obra se le impone como si lo hubiera suscrito; en definitiva, atribuye

(150) SALOM ANTEQUERA, *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas, según el Código civil español*, cit., p. 61 ss.

(151) SALOM ANTEQUERA, loc. cit., p. 72 ss. “Viola el principio *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*. En efecto, del precepto de tan repetido artículo resulta que un contrato celebrado entre el dueño de un edificio y el arquitecto o contratista, produce efectos en contra de los terceros perjudicados por la ruina del edificio, quienes se ven privados del derecho que tendrían para reclamar al dueño los daños causados por la ruina de su edificio”, lo que no es exacto si se entiende que tal responsabilidad nace de la ley y no del contrato, y que el artículo 1.907 determina con precisión que el propietario responde cuando la ruina se debe a falta de las reparaciones necesarias. En otras críticas que el autor hace al artículo 1.909 parece entender que si la ruina ocurre dentro de los diez años, el propietario no responde de nada, aunque se deba a defecto de las reparaciones necesarias, lo que no parece deducirse de los artículos 1.907 y 1.909. A juicio de Salom Antequera, frente a los terceros perjudicados por la ruina total o parcial de un edificio sobrevenida ya por defectos de construcción, ya por falta de las reparaciones necesarias, el propietario debe ser el único responsable; y si la ruina sobreviene por defectos de construcción dentro del plazo legal de garantía, el propietario debe también ser el único con derecho para dirigirse contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor, reclamándoles, no sólo cuanto hubiera pagado a los terceros perjudicados, sino también todos los daños que él mismo hubiera sufrido. Pero esta opinión no aparece fundada en los textos legales.

(152) Dice SALOM ANTEQUERA, loc. cit., p. 62, que en los Códigos extranjeros no se encuentran antecedentes del artículo 1.909. Afirmación que debe completarse en el sentido de que si bien es cierto que en el Derecho comparado no se encuentran preceptos análogos al indicado, ello no quiere decir que arquitectos y contratistas no respondan frente a terceros, conforme a las normas generales. Así, en la doctrina francesa dicen los MAZEAUD, op. cit., p. 1128, que frente a terceros, arquitectos y empresarios quedan obligados por las normas del derecho común de la responsabilidad delictiva y cursidictorial, de modo que la víctima podrá demandar al propietario del inmueble o al autor del daño; en el mismo sentido, ROUAST, op. cit., p. 188.

(153) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., p. 91 s.

carácter excepcional al artículo 1.591, sin profundizar más. Recientemente, Nart (154) afirma de modo incidental, siguiendo a Traviesas, que la responsabilidad fundada en el artículo 1.591 se establece en favor de cualquiera que adquiera el edificio, argumentando que "no es una responsabilidad contractual, sino legal y por razón de una cosa", pero sin extraer todas las consecuencias que se derivan de tal doctrina. Ultimamente, Bonet (155) se pronuncia también a favor del carácter legal de la responsabilidad, marcando la diferencia con la establecida en el segundo párrafo, según el cual "el plazo de quince años sólo afecta a la relación entre el propietario y el contratista o constructor, puesto que se trata de incumplimiento de contrato, al que son totalmente extraños los terceros que reciban el daño".

En la jurisprudencia más reciente se encuentran declaraciones del siguiente tenor: "Como quiera que la obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las partes, sino que se deriva de un precepto legal, el artículo 1.591..." (sentencia 5 mayo 1961). En la sentencia de 19 de febrero de 1959, para calificar la responsabilidad de los dos contratistas que habían colaborado en la reconstrucción de la cubierta de un edificio, se habla de "culpa por impericia profesional", y se da por supuesto la legitimación activa de la arrendataria de un local de negocio para exigir indemnización a los contratistas que habían realizado las obras. Lo que autoriza a deducir que nuestro más alto Tribunal propugna una interpretación del párrafo primero del artículo 1.591, no desacorde con la aquí sustentada.

B) RÉGIMEN DE LA ACCIÓN BASADA EN EL PÁRRAFO 1.^o DEL ARTÍCULO 1.591

La acción para reclamar los datos y perjuicios a que se refiere el párrafo 1.^o del artículo 1.591 se rige por lo en él dispuesto, y por las normas generales de la responsabilidad extracontractual, como se deduce de su naturaleza, de la colocación sistemática del artículo 1.909 y de la remisión que éste hace al artículo 1.591.

a) Legitimación activa y pasiva.

La norma general es que están activamente legitimados para ejercitarse esta acción todos los perjudicados por la ruina de un edificio. La jurisprudencia española ha reconocido sin dificultades la legitimación activa del adquirente y la del arrendatario.

Conforme a la sentencia de 5 mayo 1961 (primer considerando): "El comprador o adquirente percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad... es evidente que el demandante está revestido de la acción que le concede el artículo 1.101 del Código civil con carácter general, y específicamente el artículo 1.591 al señalar la responsabilidad del arquitecto y del contratista... sin distinguir si la finca ha cambiado o

(154) NART, op. cit. loc. cit., p. 823.

(155) BONET RAMÓN, *Código civil comentado* (Madrid, 1962), p. 1266.

no de propietario." En el supuesto aquí resuelto, la adquisición tuvo lugar antes de ocurrir la ruina, si bien al efectuarse la adquisición el precio de la obra no se había pagado íntegramente al contratista, efectuándose algunos pagos a éste y al arquitecto por parte del comprador.

Aunque las soluciones no son unánimes en la doctrina y en la legislación extranjera, la tendencia actual es favorable a conceder acción al adquirente del edificio; el Código italiano vigente la otorga expresamente, viéndose en ello por Rubino (156) una obligación *propter rem* del lado activo.

Para nuestro Derecho entiendo que, en cuanto al primer párrafo del artículo 1.591, no es preciso plantear la cuestión en el terreno de la eficacia del contrato de obra para terceros, sino que se trata de un supuesto de ejercicio por el perjudicado de la acción para exigir responsabilidad extracontractual; el esfuerzo argumental de la citada sentencia era superfluo. Lo propio se diga de la legitimación activa de los arrendatarios del edificio siniestrado; supuesto que, sin embargo, no planteó problemas en ninguna de las instancias en el caso resuelto por la sentencia de 19 febrero 1959 (157).

Un desarrollo de la indicada norma general no podrá nunca ser exhaustivo. Así, a título enunciativo, estarán activamente legitimados los titulares de derechos reales sobre el edificio derruido (usufructuarios, enfitetas, superficiarios, usuarios, habitacionistas), o de derechos meramente personales (arrendatarios, subarrendatarios); podrán ser personas ligadas al dueño por un vínculo contractual (obreros, mandatarios) o simples ocupantes de hecho del edificio (precaristas, transeúntes, visitantes, etc.). Único requisito, necesario y suficiente para estar activamente legitimado, es el de ser perjudicado por el derrumamiento del edificio.

Siguiendo la doctrina que admite la concurrencia de acciones (158), entiendo que el dueño de la obra podrá ejercitarse también, en calidad de perjudicado, la acción por culpa extracontractual del párrafo 1.^o del artículo 1.591, si bien le resultará probablemente más favorable utilizar la contractual del párrafo 2.^o.

El círculo de personas pasivamente legitimadas aparece determinado con precisión en el texto legal: responden de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina el contratista y el arquitecto. En la

(156) RUBINO, op. cit., p. 294.

En la doctrina española habían sostenido la legitimación del adquirente: TRAVIESAS, loc. cit.; NART, loc. cit., p. 823, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* II-2 (Barcelona, 1956), p. 396, n. 11.

(157) Interpone la demanda la arrendataria de un local de negocio, reclamando los daños y perjuicios que le han sido ocasionados por el desplome de la techumbre del edificio que ocupa. La demanda se dirige contra la propietaria y contra los dos contratistas que intervinieron en la reconstrucción del tejado en cuestión. Absuelta la propietaria, el único problema que se discute en casación es el de si existe o no solidaridad pasiva entre los otros dos demandados, cuestión que luego será examinada.

(158) Cfr. ANOTADORES DE ENNECIERUS II-2, p. 643; en contra, SANTOS BRIZ, *Derecho de daños* (Madrid, 1963), p. 56 s., quien sigue a Bonet.

actualidad la actividad de construcción exige una compleja organización de elementos materiales y técnicos que asumen frecuentemente la forma de una persona jurídica; habrá que entender que no sólo responde ex artículo 1.591 el empresario individual, sino las sociedades que han contratado la obra; si éstas adoptan formas de sociedades de capitales con limitación de responsabilidad, puede haber algún problema si la cuantía de la indemnización sobrepasa la cifra de capital social. Conforme al artículo 1.596, el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra; en cambio, tales personas no responden directamente frente a los terceros ex artículo 1.591, debido, probablemente, a su casi segura insuficiencia económica. Si varios contratistas asumen la ejecución de una parte determinada de obra, la responsabilidad se divide entre ellos y cada uno responderá por la ruina de la parte que se ha comprometido a construir; si dos o más contratistas asumen conjuntamente la ejecución de una única obra, ha declarado la sentencia de 19 de febrero de 1959 que no existe entre ellos solidaridad (159). Además de los obreros, hay que excluir del círculo de los legitimados pasivamente a los suministradores de materiales empleados en la obra, y, aunque la cuestión ofrece dudas, a los subcontratistas (160).

La responsabilidad se divide entre el contratista y el arquitecto. El primero responde de los vicios de construcción, y el segundo, de los vicios del suelo y de la dirección. Este sistema, que De Buen denominó de responsabilidad privativa (161), aparece seguido por los

(159) Los dos constructores habían trabajado juntos, por encargo de la dueña, como si de una sola industria de la construcción se tratase. La Audiencia condenó a ambos constructores al abono de una cantidad en concepto de indemnización de perjuicios y a que realizasen las obras necesarias para dejar el tejado en el estado que tenía antes del hundimiento, declarando la solidaridad entre ellos. El T. S. estima el recurso en este punto sentando en el considerando 5.^o la siguiente doctrina: "En nuestro Derecho positivo, en contraste con otros extranjeros y con algún sector doctrinal tendentes a fortalecer los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, sobre todo si no es fácil discriminar y separar con nitidez las respectivas responsabilidades por la índole de la fácte que las origina, no se establece la solidaridad fuera del pacto y de la común intención de las partes."

(160) Razonando desde una perspectiva contractualista, dicen los MAZEAUD, op. cit., p. 1129: "Los subcontratistas escapan a estas disposiciones en sus relaciones con los empresarios, ya que la ley no ha querido proteger sino al propietario. Con mayor razón, en las relaciones de los subcontratistas con el propietario, dada la falta de un vínculo jurídico; cuando el vicio se debe a la culpa del subcontratista, todo ocurre, respecto al propietario, como si el daño ha sido originado por el empresario mismo, que es el único con quien ha tratado el dueño." Pero estas consideraciones no son válidas cuando se parte de una concepción extracontractual de esta responsabilidad; el problema entonces es de tipificación. ¿Tuvo presente el legislador al subcontratista, excluyéndole expresamente, al redactar este precepto? Cuando los subcontratistas son, a su vez, empresas poderosas económicamente, ¿no parece excesivo hacer responsable al contratista principal de los defectos de aquéllas? Hay aquí una laguna legal con relación al subcontrato de obra que, por reflejo, repercute en el artículo 1.591.

(161) DE BUEN, *Notas a Colín y Capitant*, cit., p. 377.

Tribunales; así, en la sentencia de 20 de marzo de 1893 se absuelve al arquitecto, dejándose entrever que los vicios alegados podían ser imputables al contratista; en la de 17 de junio de 1930 se condena al arquitecto y se absuelve al contratista demandado; y en la de 16 de febrero de 1957 se absuelve al contratista demandado, pues la ruina obedece a vicios del suelo o de la dirección. De cualquier forma, se admite la licitud de la acumulación de las diversas acciones contra los posibles responsables (sentencia 5 mayo 1961), lo cual es aconsejable desde un punto de vista práctico.

El arquitecto responde, tanto si contrató sus servicios directamente con el dueño de la obra como si lo hizo con el contratista, en cuyo supuesto el artículo 1.591 implica una excepción al artículo 1.596, ya que entonces responde personalmente de su labor directiva y no el contratista por él. El arquitecto que se encarga de la construcción de una obra en calidad de contratista (caso contemplado por el artículo 1.593), parece que ha de responder en este último concepto y no por su actuación técnica (162). En la doctrina y legislación extranjera (163) se observa una tendencia extensiva de esta responsabilidad, que también ha hallado eco en nuestra jurisprudencia. Si según la sentencia de 5 de mayo de 1961 es responsable el aparejador, sea cualquiera la forma de su remuneración (164), la misma razón de impericia profesional puede concurrir en otros facultativos que intervengan por razón de sus conocimientos técnicos en la construcción o reparación de edificios en el suelo o subsuelo (ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, ingenieros de Minas, ayudantes de Obras Públicas, etc.).

¿Podrá ser, en algún caso, solidaria la responsabilidad del contratista y la del arquitecto? Se trata de un tema ampliamente debatido por la doctrina extranjera, en el que entran en juego las diferentes concepciones sobre esta responsabilidad. En la doctrina española la admítia Traviesas (165) con carácter dubitativo; más recientemente, si-

(162) Conforme el R. Decreto de 1.º diciembre 1922, regulador de las tarifas de honorarios, si el arquitecto fuere a la vez contratista de la obra, no tendrá derecho a honorarios por el proyecto ni por la dirección.

(163) A juicio de los MAZEAUD, op. et loc. súlt. cit., "Los ingenieros que han colaborado en la edificación del inmueble están sometidos a las responsabilidades del arquitecto si han concluido con el propietario un contrato de empresa". El artículo 371 del Código suizo de obligaciones menciona al ingeniero junto al arquitecto.

(164) Dice así el séptimo considerando: "Todo el recurso articulado por la representación del señor G., que fué el aparejador de la obra arruinada, se basa en que formalizó un contrato con la propietaria, en cuya virtud modificó la forma de su remuneración percibiendo una cantidad fija mensual, en vez de cobrar sus derechos como tal aparejador, de donde deduce que su contrato era de obrero y sujeto a la legislación y jurisdicción laborales, y habida cuenta que la función que seguía desempeñando en la obra era la de aparejador de la misma, es evidente que, cualesquiera que fueran los pactos privados que sobre el cobro de honorarios tuviera, siempre la función que desempeña, las obligaciones de ella derivadas y su responsabilidad son las anexas al servicio técnico que prestaba, y en tal aspecto no cabe reputar jurídicamente como laboral el contrato que tenía con el propietario."

(165) TRAVIESAS, op. cit., p. 45.

guiendo orientaciones jurisprudenciales, la acepta decididamente Bonet (166). Por mi parte estimo que el Código establece, en principio, una responsabilidad privativa en relación con las funciones respectivas de ambos sujetos pasivos, pero que no hay obstáculos para imponer de hecho una responsabilidad solidaria, basada en la naturaleza de las cosas, cuando la ruina se deba, tanto a vicio de la dirección como de la construcción (167). Así se explica la jurisprudencia, aparentemente contradictoria, de nuestro Tribunal Supremo (168).

(166) BONET RAMÓN, *Código civil comentado* (Madrid, 1962), p. 1266: "El carácter legal de la obligación establecida en el artículo 1.591 y la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto predica la solidaridad entre todos los responsables."

(167) En nuestra doctrina se muestran favorables a la solidaridad en materia de responsabilidad extracontractual los ANOTADORES de *Ennecerus II-2.*º, p. 693, y SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, cit., p. 292.

En materia penal, la concurrencia de varias concausas eficaces no es obstáculo a la declaración de culpabilidad. Así, la s. de 6 de julio de 1955 de la Sala 2.º ha dicho: "Ni el texto legal aplicable, ni la doctrina de esta Sala, acorde con las enseñanzas de la realidad, excluyen la posibilidad de que se agrupen diversas causas productoras del mismo resultado adverso; antes al contrario, si requieren siempre el antecedente causal con eficacia positiva, admiten también que el siniestro traiga su origen de alguna diversidad de causas aunadas, al paso que es dable surjan igualmente varias personas responsables, sobre todo frente a ejemplos clarísimos de negligencia profesional, donde hubiere varios partícipes en el incumplimiento de obligaciones anejas al ejercicio de sus respectivos cargos", y que "aunque es cierto no se concibe el concurso de voluntades para ejecutar una imprudencia... ello no impide puedan coincidir varias culpas coeficaces, merecedoras todas ellas de condena, según ocurre en los hechos sentenciados, porque si hubo al frente del edificio, cuando se construía, tres personas directoras del trabajo, dentro de sus distintas categorías científicas y de mando, las cuales, sin proponérselo, incurrieron en el mismo vicio de consentir o no enterarse de cuanto ocurría a su alrededor, pese al serio peligro que se cernía sobre la seguridad de muchos, y pese a poder renunciarlo, e incluso ponerle remedio, forzosamente serán responsables los tres, como incurso en idéntica negligencia".

En contra, ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en *ADC*. 16 (1963), 362 ss., esp. 368, quien niega la aplicación analógica de las normas penales, y sostiene que la regla general aplicable es la presunción de mancomunidad.

(168) En la sentencia de 20 marzo 1893, aplicando el derecho anterior al Código civil, se dice "que el arquitecto encargado de la dirección de una obra dirigida por un contratista, no es solidario de las obligaciones de éste, y sólo responde del cumplimiento de las reglas generales de su profesión, en armonía con la naturaleza de la obra y con sujeción a los planos facultativos previamente aprobados por el dueño de la edificación, salvo estipulación en contrario". En la de 19 febrero 1959, estimatoria del recurso de este punto, se casa la sentencia de la Audiencia porque "el Tribunal a quo, contrariamente al Juzgado, estableció una obligación solidaria al pago de la cantidad, procedente a su juicio como indemnización adecuada a la actora y a cargo del patrimonio de los demandados, constructores de las obras, pero constituyendo por su cuenta el principio de la solidaridad pasiva, a pretexto —reflejado en el quinto considerando— de existir fundamentos de justicia y equidad, con olvido de que el legislador patrio, cuando deseó que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores, así se manifiesta sin ambages, autorizándolo". Pero debe notarse, como antes se ha hecho referencia, que lo discutido era si existía, o no, solidaridad entre los distintos constructores de un tejado que luego se arruina, lo que es diferente de si existe

b) El daño.

El daño indemnizable aparece tipificado por razón de su origen; no se responde de cualquier clase de daño, sino, precisamente, del que se derive de la ruina de un edificio; lo que obliga a plantear como requisito previo de carácter objetivo la determinación de lo que por "edificio" se entiende en el artículo 1.591.

Una primera caracterización es la que equipara los edificios a las fincas urbanas, como una subespecie de los bienes inmuebles por naturaleza; pero ya Traviesas (169) se preguntaba si, por ejemplo, no había de responder también el constructor de un dique; en el propio Código encontramos preceptos que acogen una noción amplia de "construcción", como el 334-1.⁶ y el 389, que tan íntima relación tiene con el que nos ocupa, por contemplar, bajo otro aspecto, las consecuencias jurídicas de la ruina; lo propio se diga del artículo 1.676 de la Ley de E. civil. En el Derecho comparado se observa una orientación amplia sobre el concepto de "edificio" o "inmueble" a estos efectos, de tal modo que sólo se excluyen las cosas muebles y los inmuebles que están destinados a tener una duración limitada o temporal (un circo ambulante, un velódromo portátil, etc.); mientras que el criterio meramente cuantitativo de Mucius Scaevola (170), tomado del Derecho francés, no parece deba seguirse. En cambio, considero acertada

entre el contratista y el arquitecto. Problema este último efectivamente afrontado en el caso resuelto por la sentencia de 5 mayo 1961, y resuelto en sentido afirmativo: "Como quiera que la obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las partes, sino que se deriva de un precepto legal, el artículo 1.591, y su contenido expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y del arquitecto por la ruina de un edificio, según las causas que lo originan, es evidente que en el caso que se resuelve, en que la ruina fué originada tanto por los defectos del suelo y del cálculo como de la dirección y falta de vigilancia de la obra, y también por vicios de construcción y la mala calidad de los materiales empleados, sin que pueda determinarse la proporción en que dichos diversos elementos hayan influido en la realidad de la ruina ocasionada, debe apreciarse que dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hacen nacer la solidaridad que se deduce del 1.591."

El principio general aparece recogido en la sentencia de 1893, que establece la responsabilidad privativa, principio que se repite —aunque para un caso diverso— en la de 1959; junto a él se afirma, sin contradicción, el de la solidaridad cuando la causa de la ruina obedece conjuntamente al hecho de uno y otro. No existe incompatibilidad de declaraciones, sino complementariedad. (En contra, ALBALADEJO, loc. cit., p. 357 s.)

(169) TRAVIESAS, op. cit. loc. cit.

(170) Se preguntaba este autor: El artículo 1.591 ¿se refiere lo mismo a las grandes que a las pequeñas construcciones? A lo que respondía, que si bien el texto legal no autoriza diferencias, el plazo de diez años que, aun en construcciones mayores resulta excesivo, es extraordinario y abusivo en construcciones menores (MUCIUS SCAEVOLA, op. et vol. cit., p. 85 ss.). Aun cuando le falta algún fundamento a esta observación, sin embargo, el criterio que ofrece es de difícil aplicación práctica, porque ¿cuándo una obra se considerará mayor y cuándo menor?; ¿en razón a su precio, a su volumen, a su destino, a su altura...?; además habría que tener en cuenta su situación o localización geográfica, etc.

la noción que ofrece Salom Antequera (171) con vistas al artículo 1.907: "Toda obra de albañilería forjada con materiales de varias clases, adherida de una manera permanente al suelo, ya esté en la superficie, ya en el subsuelo y destinada a un fin de la vida humana." Hay que entender, por tanto, que el artículo 1.591 se aplica a las casas, fábricas, almacenes, puentes, pantanos, carreteras, vías férreas, depósitos de agua, cuevas, subterráneos, muros de contención, campos de deporte, plazas de toros, diques, muelles, etc.

La responsabilidad se contrae por razón de la construcción de un edificio en el sentido indicado; pero no hay que entenderlo aplicable sólo a la construcción *ex novo*, sino también a la reconstrucción y a la reparación de una parte importante del mismo (muros maestros, techumbre), o a la elevación de nuevas plantas sobre un antiguo edificio. En el mismo sentido, la sentencia de 19 de febrero de 1959 (172).

El daño consiste en la ruina del edificio. La noción de ruina no ha de deferirse a la jurisdicción administrativa, pues ni siquiera es necesario que haya sido declarada por las autoridades de este orden. A juicio de Mucius Scaevola (173), el artículo se refiere a la ruina en sentido genérico, comprensivo del específico, a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de toda la construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella, e incluso aunque la ruina parcial no afecte a la subsistencia misma de la construcción. La sentencia de 20 de noviembre de 1959 ofrece una noción de ruina algo más restringida, aunque no meramente limitada al desplome o hundimiento efectivo del edificio; así, según esta decisión, se incluye en ella no sólo las nociones de ruina total y parcial, consistentes en el "inmediato y actual derrumbamiento o destrucción" de la obra, sino también la existencia de "graves defectos que hacen temer la próxima pérdida de la misma", entendiendo por tales los que la convierten en inútil e impropia para su objeto (174). El texto legal es lo suficientemente elástico para permitir incluir en su interpretación los diversos

(171) SALOM ANTEQUERA, op. cit., p. 44 ss., especialmente p. 46.

(172) Cuyo segundo considerando dice: "La culpa por impericia profesional, lo mismo puede darse cuando se levanta un edificio de nueva planta que en el caso de la reparación de alguno de sus elementos esenciales."

(173) MUCIUS SCAEVOLA, op. et v. cit., p. 88.

(174) En el caso de autos se trataba de una solera de hormigón que carecía del espesor convenido, y que contenía una proporción de cemento inferior a la pactada, por lo cual se deshacía sin más que tocarla. En el segundo considerando se dice: "La ruina, a la que esta disposición se contrae, no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar, es decir, al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción, total o parcial, de la obra, sino a un más amplio y lato contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a la que se destina". Se excluye, por tanto, el caso de una pérdida parcial que no afecte a la subsistencia de la cosa y que Mucius Scaevola pretende incluir.

supuestos concretos que se contemplan en otras legislaciones, y ello sin los inconvenientes de una enumeración taxativa (175).

En la doctrina extranjera, al relacionar esta norma con la regulación de los vicios en el contrato de obra, se discute si los vicios causantes de la ruina han de ser ocultos o pueden estar manifiestos en el momento de la entrega y recepción de la obra (176). Para nuestro Derecho, al desvincular el artículo 1.591, párrafo 1.º, de toda relación con el contrato de obra, considero irrelevante la distinción referida, de manera que el contratista y el arquitecto responden ante terceros, aunque la ruina fuese ya manifiesta en el momento de la entrega y recepción de la obra por el dueño.

Cumplidos los presupuestos indicados, la obligación de indemnizar se extiende a todo daño causado por la ruina de un edificio, tanto a las personas (vida, integridad) como al patrimonio. La jurisprudencia acepta una noción muy amplia del daño indemnizable (177).

c) La culpa.

El párrafo 1.º del artículo 1.591 es una aplicación de la norma general del artículo 1.902; por ello, aunque no se diga expresamente, se requiere la culpabilidad del contratista y del arquitecto. Se responde por una actuación culposa o negligente desarrollada a propósito de la edificación de un inmueble, pero cuyos resultados no se manifiestan de momento, sino en un tiempo posterior que la ley fija en un máximo de diez años.

La exclusión del caso fortuito y de la fuerza mayor aparece con claridad en los precedentes romanos y españoles del artículo 1.591, se aceptó sin discusión por la doctrina del siglo XIX y es la opinión más autorizada en la doctrina extranjera (178). También se excluyen

(175) Cfr. en RUBINO, op. cit., p. 286 ss., los problemas de interpretación suscitados en el Derecho italiano por las nociones legales de ruina total y parcial, peligro de ruina y defectos graves, contenidas en el artículo 1.669 del Código civil de 1942.

(176) Predomina en la doctrina la opinión de que la norma sólo se refiere a los vicios ocultos. Cfr. ROUAST, op. cit., p. 194; RUBINO, op. cit., p. 294 s.

(177) En la s. de 20 abril 1915 se obliga a indemnizar las pérdidas causadas por la destrucción de la maquinaria y otros utensilios de la empresa textil instalada en el local siniestrado, las derivadas de la inutilización de la materia prima almacenada, las producidas por el deterioro de los tejidos ya elaborados, las ganancias dejadas de percibir durante la paralización de la fábrica, y los gastos de desescombro; la sentencia del Supremo razona especialmente la procedencia de estos últimos, argumentando sobre los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil. En la de 19 febrero 1959 se reclama por la titular arrendataria los daños y perjuicios por desplome de la techumbre del edificio que ocupa, y la sentencia condena al abono de una indemnización y a reponer la techumbre en el estado anterior al derrumamiento. Habrá que tener en cuenta, además, los daños enumerados en el artículo 1.908, al que se remite el 1.909.

(178) En la Constitución de Graciano, Valentíniano y Teodosio se decía: "*exceptis tamen his casibus qui sunt fortuiti*"; la Ley 21, tít. 32, Partida 3.º, finalizaba así: "Fueras ende, si las labores se derribasen por ocasión, así como por terremoto, o por rayo, o por grandes avenidas de los ríos o aguaduchos, o por otras grandes ocasiones semejantes destas." Gregorio LÓPEZ, op. et loc. cit., p. 740, comentaba: "*Unde in dubio, si non constet de casu fortuito ex quo opus, corruit, vel quod alias accidit sine sua culpa, tenobitur magister intra dictum*

las causas sobrevenidas con posterioridad a la construcción; así, si el dictamen pericial demuestra que la única causa de la ruina estriba en la falta de las reparaciones necesarias, entrará en aplicación el artículo 1.907 (179).

Lo que ocurre es que el párrafo 1.^o del artículo 1.591 viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el contratista y en el arquitecto. Arruinado un edificio y demostrado por una sumaria investigación que la ruina ha obedecido a vicio de la construcción, la ley presume la culpabilidad del contratista, o bien la del arquitecto si se debe a vicio del suelo o de la dirección; esta presunción, que viene a fortalecer la postura procesal de los perjudicados, se fundamenta en el interés público que inspira esta norma y en la dificultad de la prueba si, conforme a las normas generales de la responsabilidad extracontractual, correspondiese al actor la carga de la prueba de la culpa del autor del daño.

En la Ley 21, Tit. 32, Partida 3.^a ya se encuentran rastros de esta presunción legal al decirse: "E si por aventura la labor que fuese fecha de nuevo se derríbase, o se moviese ante que se acabase, o quince años después que fuese fecha, *sospecharon los Sabios antiguos que por mengua, o culpa, o por falsedad* de aquellos que eran puestos para fázerlas, aconteciera aquél fallecimiento"; lo cual se corrobora por la interpretación o comentario de Gregorio López (180) y de la doctrina del siglo XIX (181).

La doctrina española moderna no es unánime en este punto. Man-

tempus." En el mismo sentido: VICENTE y CARAVANTES, op. cit. II, p. 329; SÁNCHEZ y MOLINA, op. cit. I, p. 470; ESCRICHÉ, *Diccionario* cit., s. v. *Arquitecto*; LASERNA y MONTALVÁN, op. cit. II, p. 300. En la doctrina extranjera: RIPERT-BOULANGER, op. cit. II, p. 938; MAZEAUD, op. cit., p. 1129; ROUAST, op. cit., p. 190; RUBINO, op. cit., p. 289 ss.

(179) SALOM ANTEQUERA, op. cit., p. 51, se ocupa de los casos en que el propietario puede dirigirse contra los poseedores del edificio (usufructuarios o habitacionistas, arrendatarios) para reclamarles lo que hubiera satisfecho por culpa de ellos, e incluso plantea el problema de si el comprador podrá dirigirse contra el vendedor cuando la ruina ocurre poco tiempo después de la compra, llegando a la conclusión de que la doctrina de los vicios ocultos es aplicable aquí, siempre que la ruina se produzca antes de transcurrir los seis meses desde el día de la venta, sosteniendo que debe presumirse, con presunción *iuris tantum*, que el vendedor conocía los vicios cuando la ruina ocurre dentro del plazo indicado. A juicio de SANTOS BRIZ, op. cit., p. 359 s., el art. 1.907 se basa en la idea de la responsabilidad por riesgo, estimando que "Aunque ello indique tendencia de responsabilidad subjetiva, deberían mencionarse al lado del propietario otras personas (como usufructuarios, arrendatarios, etc.), cuya relación de hecho con la cosa, al igual que ocurría en Derecho romano y en algunos Derechos modernos, justificaría la responsabilidad, sin perjuicio de las acciones entre poseedores mediatos o inmediatos o entre titulares del derecho de dominio y de otros limitativos del mismo."

(180) Gregorio López, op. cit., p. 449, resume así el texto de la citada ley: "Si intra 15 annos postquam esse factum aedificium demolitur, praesumitur aedificis culpam destructum..."

(181) Benito GUTIÉRREZ, op. cit. IV, p. 473; ESCRICHÉ, s. v. citada; ARRÁZOLA, *Encyclopédia* cit., s. v. *Arrendamiento*, dice: "La presunción que contra él ha establecido la ley, le impone el deber de la prueba."

resa (182) la niega decididamente, aunque sin profundizar en la cuestión; Mucius Scaevola (183) la afirma de una manera vacilante, y sólo Salom Antequera acepta la doctrina de la presunción de culpa con referencia a la responsabilidad del propietario *ex* artículo 1.907 (184), la cual presenta idéntica estructura y naturaleza que la del artículo 1.591, párrafo 1^o.

Como dice Rubino (185), con referencia al artículo 1.669 del Código italiano vigente, la ley se ha preocupado de evitar un posible equívoco, y ha querido esclarecer que no obstante la larga duración de la responsabilidad, ésta sólo puede derivar de causas originarias y no de causas sobrevenidas, pero probado el hecho dañoso, es decir, la ruina, la culpa del empresario se presupone; la bondad de la ejecución se juzga por sus resultados, si la obra se arruina o es defectuosa, ello significa que no se han empleado la diligencia y pericia debidas. Siguiendo a Bonet Ramón (186), bien puede afirmarse que la construcción defectuosa es viciosa de por sí, denunciando la culpa o negligencia de su autor.

En la práctica, sin embargo, el demandante no se contentará con la prueba del daño ocasionado por la ruina, sino que tratará de justificar pericialmente la culpabilidad del o de los demandados para salir al paso de la prueba contraria que intenten éstos. Al demandado, sin embargo, no le bastará con probar que actuó con la debida diligencia y pericia, sino que tendrá que aducir y demostrar hechos positivos, o sea, que la ruina se debió al caso fortuito, o al empleo de una técnica corriente y normal en la época de la construcción, que sólo posteriormente se revela insuficiente o imperfecta (187).

d) Duración de la garantía.

Si la actuación culposa o negligente ha de retrotraerse a la época de la construcción, el daño, para ser indemnizable, ha de producirse “dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción”.

(182) MANRESA, op. et vol. cit., p. 757: “El art. 1.591 no establece una presunción de culpa contra el contratista ni contra el arquitecto por el mero hecho de que el edificio se arruine dentro del plazo durante el cual son éstos responsables, pues siempre tendrá que demostrar el dueño que la ruina ha tenido lugar por vicio del suelo o de la dirección, si quiere dirigir su reclamación contra el arquitecto, o por vicios de construcción o incumplimiento de las condiciones del contrato si va a entablar sus acciones contra el contratista.”

(183) MUCIUS SCAEVOLA, op. et vol. cit., p. 96: “Sin contener el art. 1.591 una presunción declarada por modo expreso, tiene ambiente presuntivo... cuando no sea factible afirmar la causa de la ruina, hay que presumir que por la misma naturaleza de la cosa arruinada la causa del humedamiento no pudo ser otra que el vicio de construcción.”

(184) SALOM ANTEQUERA, op. cit., p. 42: “La responsabilidad del propietario de un edificio está fundamentada en la presunción de culpa, y forzoso es reconocer que tal presunción es razonable y fundada, porque el propietario de un edificio tiene el deber de conservarlo en buen estado, haciendo las reparaciones necesarias.”

(185) RUBINO, op. cit., p. 290 s.

(186) BONET RAMÓN, *Código civil comentado* cit., p. 1266.

(187) Supuesto que admite también RUBINO, op. cit., p. 293.

Anteriormente hemos visto cómo la razón de ser del artículo 1.591 es precisamente la de determinar la duración de la garantía (188).

El Derecho romano estableció un plazo de quince años, que fué conservado en las Partidas, pero que el Proyecto de 1851, siguiendo el precedente francés, redujo a diez años, el cual ha pasado al Código (189). Algunos autores, guiándose por la brevedad de los plazos para hacer efectiva la garantía por vicios ocultos en la compraventa, critican lo que consideran duración excesiva (190); pero si se tiene en cuenta el verdadero fundamento del mismo, parece razonable: los seis meses que señala el artículo 1.490 parecen insuficientes para que se manifiesten los defectos de construcción o los vicios del suelo o de la dirección.

De conformidad con la Ley 21 ("quince años después que fuese fechada") que seguía el precedente romano ("usque ad annos quindicim ab opere perfecto"), señala nuestro Código el punto de partida de dicho plazo en la conclusión de la construcción. Se apartó, con ello, del modelo francés, que no lo indicaba, prevaleciendo en la doctrina la opinión de que dicho plazo se cuenta desde la recepción (191), orientación que fué seguida por García Goyena (192).

Al desligarse el comienzo de la responsabilidad de la efectiva ejecución del contrato, parece acentuarse su naturaleza de responsabilidad extracontractual. No es un plazo de prescripción ni de caducidad, sino el término final de una relación de derecho sustancial (193).

c) La duración de la acción.

Esta cuestión es una de las cruciales en la interpretación del artículo 1.591. Para los autores que defienden el carácter contractual de la acción de responsabilidad fundamentado en el mismo (Manresa, Mucius Scaevola, De Buen, Valverde), en defecto de una norma especial, se ha de aplicar el plazo de quince años de prescripción de las acciones que no tienen otro señalado en la ley. Traviesas, en cambio, lo hace coincidir con la duración de la garantía, aceptando con ello la doctrina francesa predominante. Bonet Ramón dice que la prescripción de la acción contra el constructor o el arquitecto dura diez años, sin que se aclare si es un plazo coincidente con el de duración de la garantía, o es distinto, y en este caso cuál es el punto de arranque del mismo.

(188) Lo proclamaba ya LAURENT, *Cours élémentaire de Droit civil* cit. III, p. 534, con referencia al art. 1.792 del Código francés.

(189) Para FALCÓN, *Código civil español* IV (Madrid, 1899), nuestro Código no ha hecho más que seguir en este punto el dictamen del mayor número de Cuerpos legales extranjeros. Según SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*² IV (Madrid, 1899), p. 794, la regulación del Código civil en materia del contrato de obra "en general guarda bastante conformidad con el Derecho anterior de Castilla", del que se aparta en la fijación del plazo de diez años.

(190) MANRESA, op. et vol. cit., p. 754; MUCIUS SCAEVOILA, op. et vol. cit., p. 87.

(191) ROUAST, op. cit., p. 203.

(192) GARCÍA GOYENA, op. et vol. cit., p. 484.

(193) RUBINO, op. cit. p. 302. Dicho plazo no es susceptible de suspensión ni de interrupción.

No cabe duda que la aplicación del plazo de quince años hace mantener por demasiado tiempo en estado de pendencia la liquidación de las consecuencias jurídicas de la ruina; mientras que hacer coincidir el plazo de duración de la acción con el plazo de garantía conduce a la consecuencia poco equitativa de que el perjudicado tendrá a su disposición un plazo variable, que será el máximo de diez años cuando la ruina ocurre inmediatamente después de la conclusión de la obra, y que será mínimo si acaece en las postrimerías de dicho período legal, pudiendo ser nulo si el edificio se derrumba la víspera de cumplirse el mismo. La jurisprudencia no ha tenido, que sepamos, oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión.

Por mi parte, entiendo que el problema tiene fácil solución si se concibe como de naturaleza extracontractual dicha responsabilidad, y se aplica, en consecuencia, al plazo de un año que establece el artículo 1.968, 2.^o (194); en virtud de esta prescripción corta, el período de pendencia del ejercicio de la acción contra los presuntos culpables es más razonable, ya que una vez producida la ruina dentro del período legal, no será necesario esperar a que transcurra éste íntegramente para que empiece a correr el plazo de prescripción. Pero el punto de arranque de ésta no se coloca en el momento de producción del daño, sino —de conformidad con el artículo 1.968, 2.^o— desde que lo supo el agraviado, conocimiento que debe extenderse también a la persona del culpable, pues de otra suerte no puede interponerse la demanda. La apertura del sumario interrumpe la prescripción, y por ello la sentencia de 12 de mayo de 1960 aplica el artículo 1.969 a un supuesto en que se siguió sumario, razón por la cual la acción civil no podía ejercitarse hasta que se declaró extinguida la acción penal.

f) La indemnización de daños y perjuicios.

La fórmula del artículo 1.591 —“responde de los daños y perjuicios”— es idéntica a la del artículo 1.101, que regula el incumplimiento de obligaciones contractuales, y coincide asimismo con la del artículo 1.902 para la responsabilidad aquiliana, según la constante interpretación jurisprudencial, pese a que este precepto hable sólo de “reparar el daño causado”. Antes expuse que en la interpretación de aquélla se sigue una amplia concepción del daño indemnizable. En realidad, el único problema que plantea la doctrina es la posibilidad

(194) En el mismo sentido que el texto SALOM ANTEQUERA, op. cit, p. 69 s.

El texto literal del art. 1.909 parece, a simple vista, contradecir la opinión aquí sustentada y apoyar la defendida por Traviesas. En efecto, dice dicho artículo: “Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defectos de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.” La desafortunada redacción de este precepto parece impedir ejercitar la acción después de transcurrir los diez años del art. 1.591. Pero semejante interpretación me parece inadecuada: 1.) Porque su finalidad es simplemente de remisión y no normativa. 2.) Porque figura dentro del capítulo dedicado a las acciones que nacen de culpa o negligencia, todas las cuales están sometidas a la prescripción anual; y 3.) Porque admite un sentido más adecuado entendiendo que se ha querido decir: “siempre que aquél se produzca dentro del tiempo legal”.

de la reparación *in natura* de los daños causados por la ruina del edificio.

Se han señalado, en general, los siguientes inconvenientes de la reparación *in natura* (195): 1.") que no es posible cuando se trata de cosas específicas destruidas o desaparecidas en virtud del hecho dañoso; 2.") que puede significar para el deudor un sacrificio extraordinario, desproporcionado con la gravedad del hecho dañoso; 3.") que no permite tener en cuenta las variaciones determinadas por el curso hipotético posterior a los hechos; 4.") que tratándose de cosas usadas origina los difíciles problemas de la "deducción de viejo por nuevo"; 5.") que puede ser perjudicial a los intereses del acreedor cuando se trata de prestaciones personalísimas, pues el autor del daño no parece ser el más indicado para repararlo; 6.") que no es posible cuando se trata de reparar el "lucrum cesans"; 7.") que puede ser insuficiente cuando en el período intermedio se vió privado del uso de la cosa, debiendo complementarse entonces con una indemnización en dinero.

La mayoría de las objeciones anteriores pueden tener aplicación al supuesto del artículo 1.591, lo cual hace opinar a algún autor (196) que el resarcimiento del daño es la única forma utilizable de reparación del perjuicio causado.

En mi opinión, las razones para excluir en todo caso la reparación "in natura" no son decisivas: Los Tribunales estarán facultados para condenar a la reposición de las cosas al estado anterior a la ruina siempre que ello sea posible; solución que fué aceptada en nuestro Derecho histórico y por la doctrina tradicional (197), y que también sigue la jurisprudencia actual (198). En tal caso la sentencia revestirá la fórmula de condena a una obligación de hacer. De no ser posible la reparación *in natura*, la sentencia contendrá la condena a indemnizar los daños y perjuicios.

(195) SANTOS BRIZ, op. cit., p. 254.

(196) RUBINO, op. cit., p. 297. Este autor examina las razones por las cuales no cabe en este caso aplicar los otros tres remedios previstos en el art. 1.668 del Código italiano vigente para el caso de que la obra tenga vicios. En particular sostiene que el dueño no puede pretender que el empresario reconstruya o repare directamente el inmueble, sobre todo por razones de orden práctico, ya que al cabo de diez años puede haber trasladado a otro sitio el centro de su actividad, o haberse retirado del trabajo.

(197) La Ley 21 decía: "E por ende, ellos e sus herederos son tenudos de refazerlas a su costa."

Para SÁNCHEZ DE MOLINA, op. cit., p. 470: "Si la obra se derribase o muriiese antes de acabada o quince años después, el constructor o sus herederos están obligados a rehacerla, a no ser que la ruina proceda de caso fortuito." ESCRICHÉ, *Diccionario* cit. s. v. *Arquitecto*, dice: "El arquitecto o su heredero está obligado a repararla o levantarla de nuevo a sus expensas, o bien a devolver el precio, además de resarcir los daños y perjuicios." A juicio de LASERNA y MONTALBÁN, op. cit. 11, p. 300: "o bien la obligación del maestro alarife a demolerla, o a repararla a su costa y a satisfacer además los daños y perjuicios".

(198) La S. de 19 febrero 1959 condena a rehacer una cubierta derruida; la de 20 noviembre 1959 condena a deshacer una solera de hormigón mal construida y a rehacerla de nuevo; en ambos casos se condena, además, a indemnizar los daños y perjuicios.

g) Limitaciones convencionales de esta responsabilidad.

La admisibilidad de las cláusulas limitativas de esta responsabilidad es objeto de controversia en la doctrina extranjera (199). Para nuestro Derecho, y dado el interés público que está en la base del párrafo 1.^º del artículo 1.591, entiendo que sería nula la renuncia anticipada a exigir esta responsabilidad (art. 4.^º del C. c.) (200). En cambio, una vez ingresada la acción en el patrimonio del perjudicado, es renunciable.

C) LA ACCIÓN "EX CONTRACTU" BASADA EN EL PÁRRAFO 2.^º DEL ARTÍCULO 1.591

Salvo la interpretación desenfocada de *Mucius Scaevola* (201), bien puede afirmarse que la doctrina española ha prestado muy escasa, por no decir nula, atención al segundo párrafo del artículo 1.591. He aquí su texto literal.

"Si la causa fuera la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años."

Hay que observar que la adición de este párrafo constituye una originalidad del Código español, que no aparece en el artículo 1.532 del Proyecto de 1851 y que no tiene semejante en el Derecho comparado (202). Pero tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha marcado suficientemente las diferencias respecto de la acción regulada en el primero.

Para interpretar debidamente su sentido, hay que tener en cuenta que dicho segundo párrafo constituye una oración elidida que debe completarse con el primero: así, la frase completada podría ser: "Si la causa de la ruina del edificio fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años."

No resultará fácil interpretar esta norma, sobre todo si se la compara con la del párrafo 1.^º Lo primero que se echa de ver es que aquí

(199) Para *DEKKERS*, *Précis de droit civil belge* cit. II, p. 662: El dueño no puede renunciar a esta responsabilidad, ni en el contrato de empresa, ni en el momento de la recepción, y tampoco puede abreviar el plazo de duración de la misma. Según *ROUAST*, op. cit., p. 201 ss., tales cláusulas de irresponsabilidad no son válidas en principio. En cambio, *RUBINO*, op. cit., p. 350 ss., entiende que, al ser privada, la responsabilidad *ex art. 1.669* puede ser modificada con cláusulas expresas del contrato de empresa, o con pactos sucesivos, y que asimismo el término de duración de la responsabilidad puede ser abreviado o prolongado en idéntica forma; y hay que reconocer que tal opinión está más de acuerdo que las anteriores con la respectiva concepción de la naturaleza de esta responsabilidad.

(200) *MUCIUS SCAEVOLA*, op. et vol. cit., p. 98 s., considera que tal renuncia sería immoral.

(201) Para este autor no hay, en realidad, un régimen diferente entre la acción contenida en el primer párrafo y en el segundo, ya que ambas tienen una duración de quince años: con ello se confunde su respectiva naturaleza (cfr. *MUCIUS SCAEVOLA*, op. et vol. cit., p. 103 ss.).

(202) Un lejano parecido puede verse con el § 1.167 reformado del Código civil austriaco.

no se menciona al arquitecto; y, sin embargo, si la causa de la ruina fué el incumplimiento por éste de las condiciones pactadas parece que la acción del perjudicado ha de durar también el mismo plazo. Por otra parte, dicho plazo de quince años es el de prescripción de las acciones personales que no lo tienen señalado especial (art. 1.964), de donde resulta que este segundo párrafo señalaría la regla general frente a la especialidad del primero.

Al hablar de "condiciones del contrato", parece claro que se utiliza un término no técnico (igual que en el art. 1.569, 3.º), con el que quiere aludirse al pliego de condiciones del contrato de obra. Se trataría, por tanto, de un incumplimiento cualificado del contrato, y en tal sentido dicha norma vendría a ser una aplicación tipificada del artículo 1.101. Hablo de incumplimiento específico; no bastaría cualquier clase de incumplimiento, sino el cualificado por su resultado, es decir, por haber originado la ruina del edificio construido; pero dicha ruina ha de provenir, precisamente, de la falta del contratista a las condiciones del contrato (203).

La doctrina tradicional (204) sostiene que la responsabilidad del contratista cesa después de la recepción de la obra por el dueño. El segundo párrafo del artículo 1.591 viene a contradecirla. ¿Se encuentra recogida aquí la doctrina sobre los vicios en el contrato de obra? Si así fuera hay que convenir en que la terminología no es muy clara y que la regulación es insuficiente. ¿Podría verse aquí una aplicación de la resolución por incumplimiento de las obligaciones bilaterales? Es poco probable, pues para nada se habla de la resolución del contrato, y sí únicamente de indemnización.

Examinando la escasa jurisprudencia recaída en torno al artículo 1.591 se llega a la conclusión de que los Tribunales, aunque confusamente y sin establecer las debidas distinciones, aplican con frecuencia el segundo párrafo de dicho precepto.

En la sentencia de 20 de abril de 1915 (reclamación del dueño contra el contratista) se dice: "Que invocada en la demanda la contravención contractual a que se refieren los artículos 1.091 y 1.101 del Código civil y estimada la misma en la sentencia recurrida, ésta hace aplicación acertada del artículo 1.909 que alude al 1.907 únicamente para determinar a qué daños se refiere, y del artículo 1.591 que fija la responsabilidad del contratista de una obra... *siempre que deba atenerse a condiciones estipuladas*, y resulta indudable que estos preceptos legales se ajustan al caso del pleito, ya que el recurrente construyó por contrato el edificio origen de la litis para el efecto y bajo las condiciones que los contratantes estipularon, y la ruina se ocasionó

(203) En este sentido, el art. 1.591 vendría a establecer una triple clasificación de las causas de la ruina del edificio. Ahora bien, ¿cabe alguna violación del pliego de condiciones que no suponga al mismo tiempo un vicio de la construcción?

(204) Ya lo hacía notar MANRESA, op. cit. vol. cit., p. 753: "Del estudio de los artículos 1.589 y 1.590 parece deducirse que la responsabilidad del arrendador cesa una vez entregada la obra, salvo el caso especial previsto en el art. 1.591."

por defectos de la construcción, según todo ello da como probable la Sala sentenciadora.” La invocación del artículo 1.101 y la alusión a las condiciones pactadas hace pensar que la norma aplicada es la del segundo párrafo, pero esta interpretación se desmiente con la cita del artículo 1.909.

En la sentencia de 17 de junio de 1930 se contempla una reclamación del dueño dirigida simultáneamente contra el contratista y el arquitecto; pero mientras se estima esta última, se rechaza la primera en atención a que “*no se ha demostrado que se hubiera incumplido el contrato* por la repetida Sociedad al construir y montar bajo la constante inspección del arquitecto, autor del proyecto y director de toda la obra, la cubierta metálica”. Se declara, además, que la causa del hundimiento no fué un vicio de construcción, sino que tuvo su origen en el proyecto y en la falta de cálculo del director de la obra. En la argumentación del Supremo se maneja indiscriminadamente el primero y el segundo párrafos del artículo 1.591.

En la sentencia de 5 de mayo de 1961 (reclamación del adquirente del edificio contra el contratista, el arquitecto y el aparejador) se dice que el artículo 1.591 no es sino una especificación del artículo 1.101; lo cual sólo puede predicarse con exactitud de su segundo párrafo, y en modo alguno del primero cuando se exige responsabilidad al arquitecto y al aparejador.

Parece que puede afirmarse con certeza que el legislador ha querido distinguir claramente los dos tipos de responsabilidad y las acciones a que respectivamente dan origen. La del primer párrafo es de naturaleza extracontractual y se sufre frente a todos los perjudicados por la ruina. La del segundo es puramente contractual y difiere de aquélla por los sujetos activa y pasivamente legitimados para ejercitárla, por el plazo de ejercicio y por su renunciableidad. Lo objetable es, sin duda, la reunión de normas tan dispares en un solo precepto.

En principio, legitimado para utilizar la acción ex párrafo 2.^o sólo lo está el dueño de la obra; pero —siguiendo la orientación doctrinal y jurisprudencia mayoritaria— parece que también hay que admitir al adquirente del edificio, por actos *inter vivos* a título singular. Por basarse en el interés privado, es una acción renunciable anticipadamente, salvo el caso de dolo (art. 1.102). El plazo de quince años comenzará a correr a partir, no de la ruina, sino del incumplimiento del contrato; al ser de prescripción verdadera, es susceptible de interrupción. El contenido de la indemnización se regulará por el artículo 1.106 y concordantes (205).

(205) Pese a la importancia de la contratación de obras públicas en la materia aquí estudiada, no arroja mucha luz el Derecho administrativo. Es cierto que con carácter general el art. 65 de la Ley de Administración y Contabilidad ordena que “las disposiciones y normas del Derecho común serán aplicables como derecho supletorio para resolver las cuestiones a que pueda dar lugar la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos que no puedan ser decididas por aplicación directa de los preceptos del presente capítulo (se refiere al cap. V, modificado por Ley de 20 diciembre 1952) y de las disposi-

ciones complementarias de la contratación administrativa". Pero la cuestión de los vicios y defectos de las obras aparece regulada en el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, regulado por el Decreto de 13 marzo 1903; se distingue entre recepción provisional y recepción definitiva de las obras; durante el plazo de garantía —inferior siempre a los diez años del art. 1.591 del C. c.— el contratista queda sujeto a responsabilidad por vicios y defectos de la obra; pero una vez transcurrido dicho plazo, y si se encuentran las obras en perfecto estado de conservación, se darán por recibidas y quedará el contratista relevado de toda responsabilidad respecto de ellas (art. 63 del Pliego de condiciones generales).

La jurisprudencia contenciosa administrativa tiene declarado en la S. de 27 marzo 1962 que la aparición de defectos en las obras *antes de la entrega definitiva* da derecho a la rescisión del contrato y a la pérdida de la fianza con indemnización de los daños y perjuicios. En el supuesto contemplado por la S. de 13 febrero 1958 parece que los desperfectos se debieron a la falta de conservación por parte del Ayuntamiento de la escuela edificada, y aunque había un problema de falta de la recepción formal de la obra por culpa del propio Ayuntamiento, se declara a mayor abundamiento que "ni por otra parte es admisible que pueda la Administración, después de fijar en el pliego de condiciones un plazo cierto de garantía, prolongarla indefinidamente a voluntad suya, haciendo, como en este caso el Ayuntamiento de H., responsable único al contratista de desperfectos sobrevenidos cuatro años y medio después de recibida provisionalmente por la Corporación y pasados diecinueve meses después de inaugurado el edificio, durante cuyo tiempo descuidó ella la conservación debida". Pero no deja de sorprender la negativa, por parte de la jurisdicción administrativa, a aplicar el art. 1.591 C. c. que se contiene en la S. de 9 noviembre 1954: "Completada la ejecución del contrato administrativo mediante la aceptación y recepción de la edificación por la entidad oficial... quedaron caducadas todas las facultades que a la Administración, como contratante, pudieran corresponder por virtud de la estipulación, y careció de atribuciones para imponer responsabilidades al contratista y para disponer de su fianza, ya que la acción para reclamar los supuestos daños y perjuicios es de índole puramente civil y sólo puede ejercitarse ante los Tribunales de Justicia en el juicio correspondiente...".

VIDA JURIDICA

I. NOTAS CRITICAS

I. «Panorama del Derecho civil»

Juan VALLET DE GOYTISOLO. Un volumen de 312 págs. Barcelona, Casa editorial Bosch, 1963.

He aquí un libro de difícil clasificación. No es un manual al uso; una reducción microscópica de los institutos contemplados microscópicamente en los grandes tratados; no es tampoco una introducción, pues en él tienen cabida, prácticamente, todos los institutos del Derecho civil; no es ni siquiera meramente una obra de Derecho civil, pues se inicia durante un buen número de páginas con la consideración de problemas generales a todas las ramas del Derecho. Es algo distinto, novedoso en nuestro país, y en todo caso y sin discusión posible, excelente.

Yo creo que el título orienta bastante sobre la naturaleza de la obra. Un panorama, en sentido subjetivo—es decir, una visión panorámica—, contiene primeros términos y profundidades; cosas que se aprecian en sus detalles, y lejanías que se funden en un conjunto. Pero más que panorama, yo llamaría a este libro visión panorámica. Pues una visión panorámica exige un observador, y da mayor motivo para explicar, junto a la zona observada, los alrededores en que se encuadra.

Además, el resultado de la contemplación no es, exactamente, lo que ocurre en la naturaleza, cuyas formas, traducidas por el pintor en el lienzo a nuevas imágenes visuales, adquieren valores y significados diversos, dependientes del ojo que vió y de la mano que pintó: cada objeto puede expresarse plásticamente de mil maneras distintas y encerrar en sí mil mensajes diferentes.

Ocurre lo mismo al traducir en palabras, fuera ya del dominio de la plástica, tanto el sujeto como el objeto, las ideas abstractas, y en nuestro caso, un sistema de normas de conducta cualificadas por su condición *jurídica*. El dato, es decir, la expresión verbal de tales normas y la circunstancia que las rodea, no sólo reciben una apreciación diferente por cada observador, sino que la divergencia comienza al componer el panorama, que es aquí el modo de vertebrar tales normas en un organismo complejo y de situarlo en el cosmos de la vida humana.

El legista no sale de esa labor relativamente mínima de composición, y se limita a discernir el sentido concreto de las reglas particulares; el jurista reconduce esas reglas a más ideas madres, y en función del sistema conjunto trata de obtener su real significado y delimitar las fronteras de cada una de aquéllas; pero todavía queda una última tarea, que sólo puede acometer el artista de este *ars boni et aequi* que es el Derecho; la de ubicar ese sistema conjunto, referido a un aspecto de la vida, en un cosmos de muy mayores dimensiones; buscando el sentido último de la existencia y la esencia del propio sistema; definiéndolo

desde fuera, y sometiendo el todo y cada una de sus partes a las fuerzas de atracción y repulsión de los otros sistemas concomitantes que con él componen este cosmos.

Juan VALLET, cuyos trabajos hasta ahora se centraban preferentemente en puntos concretos del Derecho civil, ha salido en este libro del simple cuadro de las instituciones para encerrar en un pequeño número de páginas, con ayuda de una larga experiencia compartida entre el Derecho de los libros y el Derecho que se vive; de sus profundos conocimientos del *ius civilis*; de su formación filosófica y de su inquietud sobre la razón última de las cosas y en particular del Derecho, un sistema en el que el Derecho *tout court* y el Derecho civil quedan situados en cuadros más amplios, y en el que las grandes líneas del ordenamiento positivo se describen en su contingencia, como una decisión del legislador entre otras muchas posibles; se explican y critican en función de las circunstancias históricas, económicas y sociales, y se concretan en institutos cuya naturaleza y carácter merecen siempre mucha mayor atención que los detalles de las singulares normas y los problemas planteados por su interpretación.

Debo añadir que, a pesar de su pequeña dimensión material, no es ésta una obra dogmática: al contrario, en las grandes cuestiones que plantea el autor hace desfilar los puntos de vista y las soluciones de la doctrina más importante, para que el lector llegue a percibirse del *status quaestionis*, antes de dar al interrogante planteado una respuesta concreta.

De una parte la naturaleza de la obra, y de otra la de una nota bibliográfica, no me permiten describir aquélla con algún detenimiento: baste decir que el autor comienza explicando qué es el Derecho, poniendo en relación esta noción con la de Justicia, con la de Sociedad y con la de Estado; se fija después en el origen y fuentes del Derecho y, con mayor detenimiento, en los métodos jurídicos para su interpretación e integración; pasa luego a estudiar la persona como sujeto del derecho (con alusiones al derecho subjetivo y los actos y negocios jurídicos); la persona jurídica y las cosas (también las universalidades, el patrimonio y la subrogación real); los derechos sobre las cosas; las obligaciones, el contrato; el cuasicontrato; la responsabilidad patrimonial universal y las garantías personales y reales, dedicando la última parte del libro a una rápida exposición de los rasgos fundamentales del Derecho de familia y de la sucesión a causa de muerte.

Este libro es una obra de madurez. VALLET, consciente, cuidadosa, inteligentemente, se ha ido haciendo un jurista completo, cuya exposición aquí nos recuerda cómo la jurisprudencia no sólo es *iusti et iniusti sciencia*, sino también *divinarum atque humanarum rerum notitia*. Más que cualquier otra de sus obras, es ésta la demostración de esa labor callada y constante de autoformación, que ahora le permite moverse con tal agudeza y agilidad en los más variados campos y aspectos del Derecho, y que permite considerarle hoy como uno de los iusprivatistas más destacados de nuestro tiempo.

José Luis LACRUZ BERDEJO
Catedrático de Derecho civil

2. La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana

En nuestro trabajo, recientemente publicado, *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)* (1) no pudimos hacer una adecuada mención al magnífico libro de Perlingieri: *La compravendita di cosa futura* —la referencia completa del mismo vid. a pie de página— por haber llegado a nuestras manos cuando nuestra obra estaba ya en prensa (2). Por este motivo nos sentimos obligados, ya desde entonces, a dedicarle mayor atención. Nuestro deseo de analizar y comentar muchas de las interesantes cuestiones que dicho autor aborda en su obra y a la vez tratar de evidenciar nuestros puntos de vista frente al autor han rebasado los límites de una simple reseña de su libro, tal y como fue nuestra primera intención, para dar contenido a la presente «nota crítica».

El tema de la compraventa de cosa futura no había sido tratado con detenimiento desde la publicación de otro autor italiano, Lino Salis que en 1935 sacó a la luz su *Compravendita di cosa futura* (3).

Desde la publicación del nuevo Código civil italiano de 1942 que regula la institución en su art. 1.472 de una forma que, a nuestro modo de ver, resulta la más perfecta de las contenidas en los diferentes cuerpos legales (4), era de esperar que, de nuevo, un autor italiano hiciera una revisión del problema.

El acierto de llevarlo a cabo ha correspondido a Perlingieri el cual ha realizado un detenido estudio de la regulación del nuevo Código, así como una amplia exposición y crítica de las posiciones de la doctrina en torno al tema. Además Perlinger ha planteado y resuelto, con suma agudeza, en su libro una serie de nuevas cuestiones que el instituto de la compraventa de cosa futura plantea en el terreno del Derecho mercantil.

* * *

(*) P. PERLINGIERI: *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di cosa futura*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli Edit. Jovene. Nápoles 1962.

(1) Aparecido en *Acta Salmanticensia*, serie Derecho, tomo V, núm. 2 (Salamanca, 1963).

(2) Así lo hacemos constar en nuestro trabajo, cit. supra pág. 186, nota 66. En él podrán encontrarse, no obstante, unas breves menciones a la posición de Perlingieri ante el problema de la compraventa de cosa futura en págs. 186, 189, 195, 196, 204, 206 y 211.

(3) Para otros trabajos y referencias, más breves, sobre el problema vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit. Índice bibliográfico, págs. 225-233.

(4) Supera en este punto el nuevo C. c. italiano la concepción del contrato traslativo o transmisión de la propiedad por el consentimiento heredada en el anterior de 1865 del Código de Napoleón. Establece en su art. 1.472 que cuando la venta tiene por objeto una cosa futura la adquisición de la propiedad se verificará cuando la cosa exista y si ésta no llegase a existir la compraventa sería nula. Cfr., en una más detallada exposición, nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit. págs. 186-191.

El presente trabajo de Perlingieri aparece como una primera publicación de la obra que el autor inicia bajo el título general *I negozi su beni futuri*. Comienza en ella por hacer una somera referencia a los orígenes de la distinción *emptio rei speratae-emptio spei*. Viene a establecer que, en Roma (5), la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* era una simple *quaestio facti* (6). Si los romanos llegaron a conocer tal distinción, viene a concluir en este punto, no se detuvieron en la diversidad estructural de ambos negocios.

La rápida ojeada que Perlingieri da a las fuentes jurídicas romanas no le permite captar la verdadera dimensión del problema de la compraventa de cosa futura en el Derecho romano, así como la exquisita finura y genialidad de la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* en el pensamiento jurídico romano, tal y como se nos muestra en el texto de Pomponio D. 18, 1, 8 (9 *ad Sab.*).

A nuestro modo de ver, la compraventa de cosa futura nace en Roma perfectamente estructurada a través de dos tipos, que se pueden incluir dentro del concepto genérico de cosa futura: *emptio rei speratae* y *emptio spei*.

No nos dejaron los juristas romanos, ciertamente, una construcción teórica *ex professo* de la compraventa de cosas futuras, pero establecieron las dos categorías o tipos de compraventa de cosa futura antes mencionados, así como la distinción nítida entre ambos, tal y como se observa en el texto de Pomponio. La distinción, pues, no es una simple *quaestio facti*, como dice Perlingieri, sino que ambos tipos de negocios presentan diferencias fundamentales:

a) La *emptio rei speratae* es una compraventa condicional sometida al nacimiento del *partus* o a la producción de *fructus* (7).

b) La *emptio spei*, por el contrario, no encierra condicionalidad, es una *emptio perfecta ab origine* cuyo objeto, propiamente, es el *alea*, la *spes* (8).

En conclusión, en este punto, y contra la afirmación de Perlingieri, los juristas romanos no sólo conocieron la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* sino que fueron quienes estructuraron estas categorías contractuales en la genial construcción antes expuesta, la cual se mantiene, en el fondo, en el Derecho actual del continente europeo.

Que en el propósito de Perlingieri no entraba realizar un estudio del Derecho romano respecto a la institución que comentamos es algo que está de

(5) De donde arranca, sin ninguna duda, la institución; vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit., págs. 11-12.

(6) Cfr. PERLINGIERI, op. cit., pág. 5.

(7) D. 18, 1, 8, pr.: "... *partus et fructus futuri recte emuntur, ut CUM EDITUS ESSET PARTUS, iam tunc cum contractum esset negotium venditio facta intellegatur*". En principio sólo la venta de los partos o frutos futuros constituye una *emptio rei speratae* (expresión posterior y certera síntesis de la idea romana).

(8) D. 18, 1, 8, 1: "Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur veluti cum captum piscium vel arium vel missilium emitur".

manifesto, mas, precisamente por ello, en nuestra modesta opinión, sobran en el trabajo de dicho autor, tan meritorio y valioso para el Derecho actual, esas páginas dedicadas a hacer una tan breve e insuficiente mención de los orígenes del instituto en estudio (9).

* * *

A parte estas primeras páginas criticadas anteriormente, el libro de Perlingieri constituye una aportación fundamental para el Derecho actual en materia de compraventa de cosa futura. Su obra es además especialmente interesante y valiosa contiene una completísima bibliografía, en particular de la doctrina italiana respecto al tema.

Iremos destacando de su obra los puntos que nos han merecido mayor interés y los que nos han sugerido algún comentario o aclaración.

Desde las primeras páginas Perlingieri establece, con todo acierto (10), la especial importancia del artículo 1.472 del actual C. c. italiano respecto a la institución que nos ocupa, si tenemos presente la ausencia de una norma análoga en las legislaciones de los demás países de la Europa Occidental (11).

Resulta de gran interés el estudio que Perlingieri hace del concepto y significado de «cosa futura» en el artículo 1.472 del C. c. italiano. Establece la distinción: cosas futuras *in rerum natura* y *non in rerum natura*. interpretando en tal sentido los criterios del legislador del actual C. c. italiano. Entiende dicho autor por cosa futura *non in rerum natura*, respecto a la compraventa, aquélla que en el momento del contrato aún no tiene una existencia material; y por cosa futura *in rerum natura* la que aún no tiene una existencia jurídica-autónoma (12). Dentro de estas últimas—según Perlingieri—entrarían, por ejemplo, las *res nullius*, ya que siendo *in rerum natura* no tienen, antes de la ocupación, autonomía jurídica. En esta interpretación del concepto «cosa futura» en el 1.472 del C. c. italiano se muestra el fino jurista que es Perlingieri. Su distinción anterior viene a señalar la ambivalencia del concepto «cosa futura» para el legislador italiano que—según dicho autor—vería en él tanto cosas como derechos futuros.

Esta ambivalencia la establece el autor más precisamente en otro apartado de su obra (13). Es posible que tal criterio sea el del legislador italiano en el artículo 1.472 del C. c. (14) y en tal sentido nada hay que objetar a Perlingieri que trata de interpretarlo; sin embargo, en nuestra concepción de la institución, fruto del estudio de la línea de formación histórica de la misma, tal distinción no resulta válida para una construcción general del problema. Creemos que aquí la condición de futura ha de referirse a la

(9) PERLINGIERI, op. cit., págs. 3-6.

(10) PERLINGIERI, op. cit., págs. 6 y ss.

(11) Entre los Códigos americanos destacan, por su original regulación de la compraventa de cosa futura el chileno de 1855, el argentino de 1869 y el mexicano de 1928, vid. referencia y crítica de las disposiciones sobre el tema de todos ellos en nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit., págs. 174-182.

(12) Vid. PERLINGIERI, op. cit., págs. 10-17.

(13) Vid. PERLINGIERI, op. cit., pág. 22.

(14) Ya tuvimos ocasión de señalar nuestra opinión sobre este punto: *Compraventa civil de cosa futura*, cit., pág. 211, nota 1.

"cosa" y no al "derecho" de propiedad que se adquirirá (15). A nuestro modo de ver, y para una solución general del problema, hay que entender por cosa futura aquella que no existe como tal en la naturaleza, pero hay esperanza de que exista: este último punto nos parece fundamental ya que una cosa solamente es futura en cuanto hay esperanza de que llegue a existir (16).

Otro punto importante que Perlingieri aborda, como el anterior, dentro del estudio de lo que denomina «premises constructivas del problema», es la distinción cosa genérica-cosa futura. Ante la pregunta que se formula de si una cosa genérica puede entenderse como cosa futura el autor responde, sin dudar, negativamente. En efecto, como muy bien dice Perlingieri, la futuridad alcanza relieve jurídico en la esfera de la «specificità» o más precisamente, en la esfera de la «determinabilidad» actual de la *res* (17).

Apartados de interés, igualmente, en la obra de Perlingieri, son los referentes a la distinción derecho futuro-derecho condicional; de las comunes calificaciones de la situación subjetiva condicional: derecho eventual, derecho futuro, expectativa, derecho condicionado y germen de derecho. El análisis de las anteriores categorías viene realizado de forma sugestiva y minuciosa y acompañado de una bibliografía prácticamente exhaustiva sobre cada punto. En conclusión y como solución al problema central de estos supuestos (la distinción derecho futuro-derecho condicionado), Perlingieri viene a establecer (18) que la venta de un derecho condicionado no es venta de un derecho futuro, sino de un derecho presente y actual, de naturaleza provisional e instrumental, entendido como derecho al derecho.

De especial relevancia es el problema de la distinción venta de cosa futura arrendamiento de obra. Para Perlingieri la distinción ha de buscarse bajo el punto de vista de la causa. En el Derecho moderno, ciertamente, el problema de tal distinción se presenta con unos límites más imprecisos. En el Derecho romano, por el contrario, la distinción es clara y a la luz de ella es como, únicamente, a nuestro entender, puede encontrarse el camino seguro para su configuración en el Derecho actual. No hay problema respecto a la *emptio rei speratae*, la configuración de este negocio es totalmente distinta del arrendamiento. La *emptio spei*, por el contrario, presenta una indudable analogía con el arrendamiento de servicios, pero no puede confundirse con él. La figura viene estructurada desde Roma como *emptio*. Si el vendedor, en el supuesto del *iactus retis*, no quiere lanzar la red o no

(15) En este punto PERLINGIERI parece aproximarse a la tesis de RUBINO: *La compravendita* (Milán, 1952), vol. XXIII del *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu-Messineo, págs. 145-147, quien distingue en la compraventa de cosa futura un aspecto objetivo, caracterizado por la no existencia todavía del objeto en el patrimonio y otro subjetivo, caracterizado por una especial vinculación de la voluntad de las partes.

(16) Esto por la misma etimología de *futurus* = que ha de ser. Más extensamente sobre este punto en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., págs. 211-214.

(17) Op. cit., pág. 18.

(18) Cfr. op. cit., pág. 36.

quiere entregar lo capturado, responde por la acción de compra, *et emplio*. Por otro lado debe pensarse que no en todos los supuestos de *emptio spei* el vendedor debe realizar una actividad, como, por ejemplo, en los casos de *emptio spei obligationis* o de *emptio spei hereditatis* (19).

«El principio consensualístico y la venta de cosa futura» es otro punto de interés en el trabajo de Perlingieri. Ciertamente la institución de la compraventa de cosa futura pone en grave aprieto el sistema de la transmisión de propiedad por el consentimiento que el C. c. italiano, como reflejo del de Napoleón en este punto, mantiene: más también es verdad, como observa Ferlingieri, que el artículo 1.472 no deroga tal principio consensualístico, sino que lo salva con gran habilidad (20).

Respecto a los efectos del negocio, Perlingieri entiende que se producen *ex nunc*, aunque no debe entenderse contrario *ex nunc* el negocio (21). No nos parece suficientemente clara esta exposición ni del todo cierta. El negocio, según nuestro criterio, se retrotrae una vez venida a la existencia la cosa (cumplida la condición). Hay, pues, una retroactividad general: el negocio se entiende realizado desde un principio, si bien ciertos efectos se producirán necesariamente *ex nunc* (todos aquellos que se derivan de la cosa en sí, por ejemplo, la propiedad sobre la cosa) y otros *ex tunc* (los relacionados con la obligación del vendedor de entregar la cosa, en los sistemas de *traditio*, y la responsabilidad por evicción, por ejemplo).

Respecto a la adquisición de la propiedad para la compraventa de cosa futura, establece claramente el C. c. italiano, en su artículo 1.472, repetidamente citado, que se adquirirá una vez que la cosa venga a la existencia, si bien en los casos en que la cosa objeto de la venta no estaba perfectamente individualizada o determinada era preciso admitir que la propiedad no pasa, sino con la individualización o separación de la misma (es el caso de la venta de árboles o de frutos de un fundo). Esto es lo que Perlingieri denomina «actos de determinación de la cosa»: a este propósito establece la distinción entre autonomía jurídica de la cosa (aún antes de venir a la existencia) y la existencia material de la misma.

Según nuestra opinión, la perfecta regulación del Código civil italiano, en este punto, está en separar los efectos obligatorios y los efectos reales en la compraventa. La novedad radica en que estos últimos pueden aplazarse, se admiten los efectos obligatorios *ab initio* y separadamente, en momento posterior, los efectos reales.

Hace ver Perlingieri cómo el nuevo C. c. italiano ha eliminado las dudas sobre la admisibilidad de la compraventa de cosa futura, sobre la automaticidad y sobre el momento de la adquisición del comprador, pero no ha podido salvar las dificultades sobre la construcción y naturaleza del negocio, sobre la calificación de la relación jurídica. Asimismo, considera la

(19) Para estos supuestos y otros análogos puede verse el tercer capítulo de nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., titulado “Aplicaciones analógicas de la *emptio spei* por la Jurisprudencia”.

(20) Vid. la referencia que sobre la cuestión hacíamos supra nota 4.

(21) Op. cit., pág. 45. En este sentido también RUBINO: *La compravendita*, cit., págs. 152-153.

insuficiencia de la orientación doctrinal que se limita a indagar la obligatoriedad o realidad. Convenimos con el citado autor en que la naturaleza de la venta de cosa futura no se agota en su calificación de obligatoria o real y en que, por tanto, es necesario aclarar la estructura interna de la institución.

Es igualmente acertada, en nuestra opinión, la distinción que en el libro de Perlingieri se hace entre objeto del contrato y objeto de la prestación. Lo que bajo el nombre de objeto es esencial a la conclusión o formación del contrato es la «posibilidad» de la prestación (22), lo que le hace ejecutivo es la «efectividad» de la prestación la cual se traduce, desde el punto de vista del objeto, en su actualidad (23).

* * *

Hace Perlingieri una revisión, completísima, de las posiciones de la doctrina ante el problema de la compraventa de cosa futura. Para su estudio y crítica las divide en dos grandes grupos: de un lado, las teorías que niegan la naturaleza condicional de la venta de cosa futura, de otro, las teorías que explican la naturaleza del contrato utilizando el mecanismo condicional. Dentro de las primeras (24), analiza las siguientes posiciones: contrato excepcionalmente sin objeto, promesa de venta, venta meramente obligatoria, contrato de formación sucesiva o con consentimiento anticipado, contrato de compraventa futura, contrato faltó de plenitud objetiva, relación traslativa compleja, negocio puro y simple, negocio «per relationem» y negocio a término.

Al referirse a las segundas (25) hace Perlingieri un detenido estudio de la teoría condicional bajo el criterio de considerar a la condición elemento accidental del negocio jurídico, criterio muy discutido a partir de los trabajos de Betti y Cariota Ferrara, principalmente (26). No acepta Perlingieri que la condición se refiera a la eficacia traslativa y menos al transferimiento del derecho como acto traslativo; cree preferible considerar condicionado por entero el contrato. Sus puntos de vista sobre el fenómeno condicional —salvo lo dicho anteriormente— nos parecen aceptables. En lo que ya no estamos de acuerdo con dicho autor es en considerar que la compraventa de cosa futura es un contrato sometido a *condicio iuris*. Ciertamente, para la *emptio rei speratae* la solución de compraventa sometida a una *condicio iuris* no parece enteramente desacertada, en una rápida consideración, pero tras meditar más seriamente el problema puede verse cómo en ninguno de los ordenamientos jurídicos —incluido el C. c. italiano— aparece, de

(22) Así PERLINGIERI: op. cit., pág. 68. Puede verse también nuestra opinión, en este mismo sentido, en *Compraventa civil de cosa futura* cit., páginas 175-6.

(23) Cfr. PERLINGIERI, op. cit., pág. 69 y bibliografía, sobre este punto, allí citada.

(24) Op. cit., capítulo II, págs. 73-125.

(25) Op. cit., capítulo III, págs. 127-158.

(26) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (Turín, 1952)² (reimpresión corregida), págs. 514-554; CARIOTA FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. de M. Albaladejo (Madrid, 1956), págs. 547-561. Una breve mención al problema en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., pág. 194.

manera expresa, considerada la existencia de la cosa como requisito legal del contrato, sino que, por el contrario, vienen a poner, generalmente, como uno de los requisitos del contrato, un objeto posible dentro del cual se comprenden las cosas futuras.

Si no es posible aplicar la categoría de *condicio iuris* a la *emptio rei speratae* aún menos puede aquella ser aplicada a la *emptio spei*, que es un contrato puramente aleatorio (27).

En general no nos parece acertada la sistemática que el autor ha seguido en el estudio de la doctrina, ya que trata conjuntamente figuras tan distintas como la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. En nuestra opinión debe hacerse un estudio separado de ambas categorías, tal y como surgieron en el Derecho romano y se han mantenido después a través de toda la historia del pensamiento jurídico europeo posterior. No creemos, pues, aceptable, como pretende Perlingieri, que desde el punto de vista del objeto no aparezca ninguna diferencia entre *emptio rei speratae* y *emptio spei*. En la *emptio rei speratae* el objeto del contrato es una cosa futura de la cual se tiene esperanza de que exista (*partus* o *fructus futuri* en el pensamiento romano); en la *emptio spei*, por el contrario, el objeto es el puro azar, la *spes*, el *alea* (28).

* * *

La distinción estructural *emptio spei-emptio rei speratae* se la plantea Perlingieri al estudiar el párrafo segundo del artículo 1.472 del C. c. italiano (29). Claro es que la distinción que aquí pretende el autor está dotada de una validez parcial únicamente, referida a una norma concreta del C. c. italiano, sin considerar especialmente toda una radical distinción que se ha venido manteniendo desde Roma.

Según Perlingieri debe intentarse una distinción estructural entre dos figuras *emptio spei-emptio rei speratae*. Cree que esta tentativa debe hacerse siempre en el ámbito del fenómeno condicional. En la *emptio spei* la obligación de entrega o el efecto real están condicionados al efectivo producirse de la cosa y la condición tiene aquí naturaleza de un requisito de eficacia de la prestación del vendedor; en la *emptio rei speratae* trátase de un negocio condicionado sujeto a una condición que tiene naturaleza de verdadero y propio requisito de eficacia (30).

Concluye, respecto a este punto, que la *emptio spei* debe considerarse como una venta de cosa futura pura y simple y que, por el contrario, la *emptio rei speratae* debe ser considerada como una venta condicionada, la cual encuentra completa eficacia en el momento en que la cosa reciba existencia jurídica autónoma. La cosa futura juega el papel de objeto, su nacimiento el de condición.

(27) Una más detenida crítica a la construcción que ve en la compraventa de cosa futura un contrato sometido a una *condicio iuris* puede verse en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., págs. 195 y 205.

(28) Contra la opinión de PERLINGIERI, op. cit., pág. 75.

(29) Op. cit., págs. 161 y ss.

(30) Op. cit., págs. 167-168.

En nuestra opinión el C. c. italiano no configura la compraventa de cosa futura, propiamente, como condicional, si bien los efectos de su construcción resultan equivalentes. Parece que el legislador italiano hubiese rehuído *ex profeso*, tal calificación. La novedad de la regulación de dicho Código en esta materia está en separar los efectos obligatorios y los efectos reales en la compraventa. Según este criterio, en la compraventa de cosa futura, el vendedor se obliga a transmitir la cosa y la propiedad de la misma en un momento posterior, el de su existencia, si no puede hacerlo en ese momento su prestación se hace imposible y, en consecuencia, es nulo el contrato. En el fondo es un retorno necesario a la compraventa obligatoria romana clásica (31).

No estima acertada Perlingieri la frase siguiente del 1.472, párrafo 2.º del C. c. italiano: «Si la cosa no viene a la existencia el contrato es nulo». Cree el autor que no hay nulidad en sentido propio porque tal es sólo la debida a una causa originaria y no lo es, por tanto, la ocasionada por una causa sobrevenida. Nuestro criterio es, frente al del autor, que la expresión antes mencionada del C. c. italiano es en sí correcta, pues entendemos que una vez producida o venida a la existencia la cosa el contrato se considera existente *ab initio*, como si existiera desde un principio incondicionadamente; de otra suerte, si la cosa no viene a la existencia, el contrato se considera nulo, inexistente *ab origine*.

* * *

Todas las cuestiones que Perlingieri plantea desde el punto de vista de las relaciones de los sujetos que intervienen en el negocio, de sus derechos y obligaciones, resultan de extraordinario interés, como puede juzgarse por el simple enunciado de algunas de ellas: naturaleza contractual de la responsabilidad de las partes antes de la existencia de la cosa; obligaciones del vendedor como unilaterales y no sinalagnáticas; obligación de proceder a la separación o corte de los frutos pendientes; calificación jurídica de la situación subjetiva del comprador antes de la venida a la existencia de la cosa; obligación del comprador de pagar el precio, el riesgo y el problema de su incidencia; etc. (32).

Ante la imposibilidad de referirnos a todos estos puntos con la debida amplitud que ello requeriría, en detrimento de los límites que nos hemos trazado en la presente nota, preferimos concretarnos ahora a uno de ellos que presenta una relevante importancia dentro del tema y ante el que nos sentimos obligados a establecer algunas consideraciones frente al autor. Se trata del problema del riesgo, del perecimiento de la cosa en la compraventa de cosa futura.

Frente Perlingieri atribuir de forma unitaria la doctrina del riesgo a la compraventa de cosa futura bajo las siguientes razones: 1) porque una cosa es la «cosa futura» y otra las «situaciones jurídicas subjetivas» que

(31) En tal sentido vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., páginas 186-191.

(32) Vid. PERLINGIERI, op. cit., págs. 181 y ss.

respecto a ella pueden surgir. La futuridad de la primera no lleva consigo la futuridad de las segundas. 2) Porque la noción del riesgo no se limita a los acontecimientos que influyen materialmente sobre la cosa sino que abarca aquellas que modifican su régimen jurídico. En conclusión, mantiene insostenible la opinión de quienes señalan que el riesgo de la cosa puede surgir en el momento en que ésta venga a la existencia,

Por nuestra parte estimamos que el riesgo, en sentido técnico —lo que los juristas romanos denominaban *periculum rei venditae*— solamente mira al caso de perecimiento de la cosa (33). Ello solamente puede darse en cosas existentes, al menos en alguna medida (*fructus in herbis*, por ejemplo). Así pues, entendemos que la imposibilidad de la venida a la existencia de la cosa no puede entrar en el concepto técnico de riesgo, de *periculum*. Desde el Derecho romano este es el criterio a seguir: por lo tanto, el problema del riesgo en la compraventa de cosa futura, a nuestro entender, ha de verse así:

a) En el caso de venta de *fructus in herbis*, es decir, para los frutos que de alguna manera se encuentran ya en germen, el *periculum*, el perecimiento de la cosa sin culpa del vendedor (o sin otro tipo de responsabilidad) pasa al comprador si no hay pacto en contrario, ya que se ha contraído la venta puramente (34).

b) *Emptio rei speratae*, compraventa de cosa que se espera según el desarrollo normal de los acontecimientos. Se trata de compraventa condicional y hasta que la condición no se cumple no se produce la *perfectio emptionis*, con la que entra en juego el principio *periculum est emptoris*. Cumplida la condición la venta se considera perfecta (35). Por tanto, hasta que no existe la cosa hasta que no se cumpla la condición no hay riesgo, no hay *periculum*.

Venida a la existencia la cosa (cumplida la condición) y siempre que no haya responsabilidad por parte del vendedor, el riesgo es del comprador.

c) Finalmente, en la *emptio spei*, contrato puramente aleatorio, no hay aplicación del principio *periculum est emptoris* ya que el contrato se hace a pleno riesgo. Habrá, desde luego, posibilidad de actuar en caso de dolo del vendedor que impida o no realice lo necesario para la venida a la existencia de la cosa o que vaya contra la buena fe del contrato, pero esto es distinto a intentar aplicar la doctrina de los riesgos —*periculum*— a la figura más audaz del contrato aleatorio.

* * *

(33) Este es el sentido que encierra en las fuentes jurídicas romanas: riesgo específico de pérdida, perecimiento (*perire* = perecer). Cosa enteramente distinta es el riesgo aleatorio; el riesgo como esencia íntima y razón de ser del contrato, como en la *emptio spei*.

(34) Este criterio parece que existía ya en época clásica en Roma, vid. D. 18, 1, 78, 3 (*Lab. 4 post. a Jav. cpit.*).

(35) Hoy dirímos más propiamente quizá, "eficaz" ya que "perfecta", en la generalidad de los cuerpos legales actuales, se considera a la venta desde el momento en que las partes prestan su consentimiento. Así en el art. 1.450 del C. c. español.

En otro apartado de su interesante libro estudia Perlingieri una serie de presupuestos de impugnación del negocio de compraventa de cosa futura (36).

Entre otros trata de los siguientes: resolución, nulidad (diferencias entre éstos); violación de la obligación preliminar y resolución por incumplimiento; concurso de resolución y resarcimiento; naturaleza y límites del resarcimiento; resolución por excesiva onerosidad, etc. Ante la imposibilidad de referir todas las sugerencias que se derivan de la casi exhaustiva exposición del autor en este punto, vamos a concretarnos —según criterio ya utilizado en la presente nota— a una cuestión que nos ha merecido especial consideración: la referente a la resolución por excesiva onerosidad. Se pregunta Perlingieri si la resolución por excesiva onerosidad es compatible con la compraventa de cosa futura, viiniendo a inclinarse por una respuesta afirmativa. De nuevo aquí nos parece más aceptable, frente al autor, la resolución contraria. Hay que tener presente que incluso la *emptio rei speratae* es un contrato en cierta medida aleatorio. Hay en él una cierta aleatoriedad en cuanto se compran —según la esencia romana de la institución— frutos o partos futuros sin una especial atención a la cantidad y calidad de los mismos (compra de una cosecha futura en bloque, por ejemplo). La aleatoriedad juega en la *emptio rei speratae* únicamente respecto a la cantidad y calidad de la cosa objeto del contrato.

Entrando ahora en el terreno del Derecho italiano —que es al que, con exclusividad, se refiere Perlingieri— estimamos que resulta aplicable a la *emptio rei speratae* el párrafo 2.º del art. 1.467 del C. c. italiano (37): de acuerdo con ésto la excesiva onerosidad no podrá ser invocada como motivo de resolución de la *emptio rei speratae* sin haber previamente demostrado que ella excede del «alea normal» del contrato.

Aún más claramente será inaplicable tal resolución para la *emptio spei* donde, precisamente, el *alea* constituye el propio objeto del contrato.

En este mismo orden de ideas no podemos considerar plenamente aceptable el criterio que aporta Perlingieri, de modo general, respecto a la aplicación de la rescisión por lesión —art. 1.448 del C. c. italiano— a la compraventa de cosa futura (38). En nuestro criterio, por lo que a la legislación italiana se refiere, estimamos aplicable en este caso el párrafo cuarto del citado artículo 1.448 en el que se establece que no pueden ser rescindidos por lesión los contratos aleatorios. Por tanto no puede ser aplicado el criterio de la rescisión por lesión a la *emptio rei speratae*, en lo que ésta tiene de aleatoriedad, y de ningún modo, desde luego, a la *emptio spei*, el más puro y genuino contrato aleatorio. En estos casos solamente puede actuar por la acción de dolo contra el vendedor si éste vendió, por ejemplo, los frutos de un fundo

(36) Op. cit., págs. 217-255.

(37) Dice el art. 1.467, 2.º del C. c. italiano: «La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto».

(38) Op. cit., págs. 237 y ss.

sabiendo que no se producirían o hizo para que no se produjeran o vendió el parto futuro de un animal estéril, etc. (39).

Otro punto de disparidad con Perlingieri nos surge respecto al alcance que éste pretende dar a la garantía de evicción en la compraventa de cosa futura. Por no extender excesivamente nuestras consideraciones diremos únicamente que, en nuestro modo de entender la institución, no puede hablarse de evicción en la *emptio spei* por su especial naturaleza aleatoria. En cuanto a la *emptio rei speratae* el vendedor responderá únicamente si en el momento de producirse la cosa no le pertenece o está sometida a algún gravamen que no existía en el momento del contrato (40).

* * *

Hay aún un último apartado en el libro de Perlingieri (41) que constituye, en nuestra opinión, uno de los más afortunados y útiles de toda la obra. Plantea aquí una fertilísima gama de cuestiones desde el punto de vista del contrato respecto a terceros: publicidad del contrato para bienes muebles e inmuebles; régimen fiscal del contrato; efectos de la quiebra sobre la venta de cosa futura; conflictos entre comprador y acreedor pignoraticio; entre comprador y acreedor hipotecario (antes de la existencia de la cosa); contrato de prenda sobre los frutos pendientes, etc. El estudio de todos estos aspectos constituye una valiosísima aportación al problema, aún no estudiado debidamente, de la compraventa mercantil de cosa futura sobre el que no nos sentimos autorizados a manifestarnos ni, por otro lado, sería ya aquí posible hacerlo.

* * *

Finalmente no nos queda sino reiterar nuestro sincero elogio hacia esta monografía de Perlingieri. Es una obra de extraordinaria importancia para el Derecho actual y en especial para el italiano, en el que viene a ser prácticamente exhaustiva en el tema que aborda.

Las observaciones y discrepancias que en algunos puntos hemos sostenido frente al autor —fruto de nuestro estudio de la institución desde otro punto de vista, el de su evolución histórica desde Roma— en nada han pretendido empañar el valor y el alcance, realmente notables, del presente trabajo.

ALFREDO CALONGE

(39) No obstante todo lo anterior, que responde plenamente, a nuestro modo de ver, a la concepción romana clásica de la institución, la *luesio enormis*, proveniente de la última época del Derecho romano, ha jugado un importante papel en nuestro tema en determinadas épocas de la historia del pensamiento jurídico europeo (así en España, con los teólogos-juristas del XVI, también, en cierta medida, en el resto de Europa con el lusnaturalismo racionalista de los siglos XVII-XVIII) en las que se tiende a una valoración ética interna más que a una solución rigurosamente jurídica de la compraventa de cosa futura.

(40) Más extensamente en nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, vid. Índice de materias: "evicción".

(41) Op. cit., págs. 257-311.

II. DICTAMENES

Dictamen sobre aplicación del principio FALSA DEMOSTRATIO NON NOCET

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil de la Universidad
de Sevilla y antes de la de Santiago
de Compostela.

A N T E C E D E N T E S

Primero. Don E. N. V. falleció en estado de casado con doña I. G. C., bajo-testamento que había otorgado en Santiago el día 19 de enero de 1926; cuyo testamento contiene las siguientes cláusulas:

- 1.^a Declara ser católico, apostólico, romano.
- 2.^a Quiere que sus funerales de entierro sean en todo modestos; que su cadáver, a ser posible, sea sepultado en el panteón de familia en el cementerio de San Miguel de Valga, y, si no pudiere ser, que las cenizas sean a él trasladadas en el plazo reglamentario.
- 3.^a Declara ser natural de la parroquia de San Miguel de Valga, Pontevedra, hijo legítimo de don E. N. C. y de doña J. V. C., hoy difuntos.
- 4.^a Manifiesta hallarse legítimamente casado con doña I. G. C., de cuyo matrimonio le viven once hijos, llamados José, Dolores, Concepción, Antonio, M.^a Socorro, M.^a Luisa, Eduardo, Carlos, Luis, Francisco y Manuel N. G.
- 5.^a Lega a su esposa, doña I. G. C., por cuenta del tercio de libre disposición de todos sus bienes, derechos y acciones, los bienes rústicos y urbanos de la propiedad del testador radicantes en el lugar de Chenlo de la parroquia y municipio de Valga. Este legado se entiende hecho en propiedad y con la precisa condición de que la legataria no contraerá nuevo matrimonio, ni llevará una vida reprobada por la moral y buenas costumbres, pues si ocurriere cualquiera de estas dos cosas, quedará sin efecto el mentado legado, pasando los bienes a ser propiedad de todos los hijos del testador.
- 6.^a Lega a sus hijas Dolores, Concepción, M.^a Socorro y M.^a Luisa todos los bienes rústicos y urbanos y derechos reales o rentas que el testador tiene y le corresponden en las parroquias de Santa María de Oural y San Salvador de Ledesma del término de Boqueijón, por parte igual y en usufructo mientras permanezcan en estado de solteras, adquiriendo la plena propiedad al contraer matrimonio; y si todas o alguna de dichas hijas falleciere en estado de soltera, pasará su parte de legado a los hermanos varones que tengan carrera terminada o la estén estudiando, también por parte igual, en propiedad si contraen matrimonio y tienen de él sucesión; pero si fallecieren solteros y sin sucesión legítima, entonces pasará su parte de dicho legado a la parte común de la herencia del

otorgante. Este legado será detraído del tercio de los bienes y derechos del testador destinado por la ley a mejora de descendientes.

7.^a En el resto o remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye por herederos a sus once hijos José, Dolores, Antonio, M.^a Socorro, Concepción, María, Carlos, Eduardo, Francisco, Luis y Manuel y a los demás que llegue a procrear de legítimo matrimonio.

8.^a Es voluntad del testador que ninguno de sus hijos pidan los legados ni la herencia que por el mismo corresponda, hasta el fallecimiento de su madre, doña I. G. C., que la disfrutará por los días de su vida; y si alguno de sus hijos, amparados por la ley, la reclamase, quiere el testador, también amparado en la misma ley, que los que lo hagan queden reducidos a la estricta legítima, pasando la parte que excede de los tercios de libre disposición y de mejora a ser propiedad de los hijos sumisos y obedientes al deseo del otorgante.

9.^a Quiere el testador que las cantidades que llegue a gastar con sus hijos varones, ya en el servicio militar o ya en viajes a América, su estancia y regreso a este país, se le consignen a cuenta de la legítima que al que las haya gastado corresponda por el otorgante.

10.^a Nombra por sus albaceas cumplidores a su esposa doña I. G. C., a don L. S. O. y a don J. L. R., solidariamente, con todas las facultades, prórrogas de derecho y relevación de inventario judicial, que expresamente prohíbe.

11.^a Designa por contadores y partidores de su herencia a los referidos don L. S. O. y don J. L. R., facultándoles para que realicen las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de todo su haber privadamente y sin intervención de autoridad alguna aun cuando haya menores, ausentes o incapacitados, pudiendo protocolizar las mentadas operaciones en un archivo de notario público. Les prorroga el plazo de contaduría por dos años más.

12.^a Revoca anteriores disposiciones y quiere que sólo ésta se cumpla y guarde en la forma que en Derecho mejor cabida tenga.

Segundo. Con referencia a lo dispuesto por don E. N. V. en la cláusula 5.^a de su testamento, es de tener en cuenta que no hay bienes urbanos de su propiedad radicantes en el lugar de Chenlo, de la parroquia y municipio de Valga, y que lo que dicho causante poseía como dueño en la parroquia de Valga era un "lugar acasulado", compuesto de casa principal, sita en el lugar de Rajoy de la citada parroquia de Valga, terreno unido, corral, hórreo, era y otras dependencias y conjunto de fincas de unos doscientos diez ferrados de extensión, entre labradorío, prado, pasto, monte y pinar, encontrándose de esos doscientos diez ferrados, doscientos en Rajoy y sólo unos diez aproximadamente en Chenlo. De labradorío hay unos ochenta ferrados, de los cuales cuarenta estaban y continúan en régimen de aparcería y cuarenta cultivados directamente. La casa principal es una de las últimas del lugar de Rajoy, estando, como el resto de las fincas que componen el "lugar acasulado", mucho más próxima del lugar de Chenlo que del de Rajoy.

Tercero. Con posterioridad a su marido, falleció también doña I. G. C., bajo testamento otorgado en Rajoy el día 6 de abril de 1960. Este testamento contiene las siguientes cláusulas:

1.^a Encomienda su alma a Dios Nuestro Señor y deja lo relativo a su entierro, funeral y sufragios piadosos a voluntad de sus hijos, que serán albaceas.

2.^a Con cargo a los tercios de mejora y libre disposición ordena los siguientes legados:

a) A sus hijos Dolores, M.^a del Socorro, Eduardo, Luis y Manuel, la casa principal sita en este lugar (Rajoy), en que habita la testadora, con su terreno undo, corral, hórreo, era y demás dependencias; los muebles, ropas, aperos de labor y cuantos efectos y enseres se encuentren en la citada casa y dependencias; el jardín y huerta de los manzanos, así como la llamada Huerta de Abajo.

Será condición de este legado que los legatarios que vivan en dicha casa lo hagan pacífica y honradamente, con arreglo a la moral y buenas costumbres, y sin promover pleitos por razón de los bienes legados, y aquél que no cumpliera dicha condición perderá su derecho al mismo, acreciendo la porción vacante a los demás legatarios que acataren fielmente su voluntad.

b) A sus hijos M.^a Socorro, Eduardo y Luis, los frutos verdes y secos y todos los ganados mayores y menores.

3.^a Lega a la estirpe legítima, si la hubiera, de su premuerto hijo Antonio, lo que por legítima estricta le corresponda.

4.^a Instituye herederos a sus hijos José, Dolores, Concepción, M.^a del Socorro, María, Eduardo, Francisco, Luis y Manuel N. G., y en defecto de cada uno de ellos, por sustitución vulgar a sus respectivos descendientes legítimos.

5.^a Desea la testadora que no se efectúe la partición de su herencia hasta pasar un año de su fallecimiento, así como no se le exijan cuentas de ninguna clase a los tres hijos que con ella conviven y son Eduardo, M.^a del Socorro y Luis N. G.

6.^a Si algo en lo legado por la testadora no perteneciere a la misma, en todo o en parte, se entenderá como legado de cosa ajena.

7.^a Prohibe la intervención judicial en su testamentaría para violar lo dispuesto en este testamento. El heredero que con tal fin la promoviese, quedará reducido, en su participación en la herencia, a la parte que por legítima estricta le corresponda, y la porción que así perdiera acrecerá a los que acataren fielmente su voluntad.

8.^a Nombra comisario de su herencia a don E. C. O., quien protocolizará las operaciones particionales, y para el desempeño de su cometido le concede un plazo de dos años a contar desde que fuere requerido al efecto.

Cuarto. Un hijo de ambos causantes ha repudiado la herencia de su madre y pretende que el legado contenido en la cláusula 5.^a del testamento de su padre sólo puede tener efecto por lo que se refiere a los bienes rústicos de la propiedad del testador radicantes en el lugar de Chenlo, de la parroquia y municipio de Valga.

Quinto. Entre dicho hijo y sus demás hermanos han surgido diferencias en cuanto al significado y alcance de la declaración de última voluntad de su padre, por lo que aquéllos formulan al letrado que suscribe la siguiente

C O N S U L T A

¿Cuál es la recta interpretación de la discutida cláusula 5.^a del testamento de don E. N. V.?

¿Qué efectos producirán los legados ordenados por doña I. G. C. en la cláusula 2.^a de su testamento?

D I C T A M E N

I

Por lo que se refiere a la primera pregunta de la consulta, conviene advertir que aun ante una fórmula testamentaria aparentemente clara hay siempre que averiguar si su sentido literal coincide o no con el que pretendió atribuirle el testador: en caso afirmativo, *nulla quaestio*, no hay problema; en caso negativo, surge la *quaestio voluntatis*, se plantea un problema de interpretación de la declaración de última voluntad. Pero, además, en nuestro caso nos encontramos frente a una cláusula *objetivamente* oscura, ambigua o equívoca, respecto de la que debe tener lugar una interpretación ajustada a la voluntad real del testador por imperio del artículo 675 del Código civil, a cuyo tenor "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento". El nuestro es un "caso de duda", objetivamente considerado.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1944, "el artículo 675 del C. c. no excluye que, para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a las palabras del mismo su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera de dicho artículo) o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deben utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación".

Por medios exteriores al testamento de don E. N. V. (los llamados "medios de prueba extrínsecos") consta que no hay bienes urbanos de su propiedad sitos en el lugar de Chenlo, de la parroquia y municipio de Valga, y que lo que dicho causante poseía como dueño en la parroquia de Valga era un "lugar acasulado", compuesto de casa principal, sita en el lugar de Rajoy de la citada parroquia de Valga, terreno umido, corral, hórreo, era y otras dependencias y conjunto de fincas de unos doscientos diez ferrados de extensión, entre labradío, prado, pasto, monte y pinar, encontrándose de esos doscientos diez ferrados, doscientos en Rajoy, y sólo unos diez, aproximadamente, en Chenlo. De labradío hay unos ochenta ferrados, de los cuales cuarenta estaban y continúan en régimen de aparcería, y cuarenta cultivados directamente. La casa principal es una de las últimas del lugar de Rajoy, estando, como el resto de las fincas que componen el "lugar acasulado", mucho más próxima del lugar de Chenlo que del de Rajoy.

Todos estos elementos de interpretación, utilizados conjunta y combinadamente, confirman que el recto sentido y alcance de la cláusula en cuestión no puede ser otro que el de referirse a todo ese "lugar acasulado" —que es la forma típica

de explotación agrícola en la región gallega—, cual una *unidad orgánica y económica* (cfr. arts. 8.^o, núm. 2.^o, de la Ley Hipotecaria; 44, núms. 2.^o y 3.^o, del Reglamento Hipotecario, y 27, apartado 1, de la Ley de Expropiación Forzosa), sujeta al régimen de empresa agraria organizada, aun compuesto dicho “lugar acasulado” por predios no colindantes y en distinta situación dentro de la misma parroquia, aglutinados entre sí por una *organización económica unitaria* en torno a una cabeza o centro (casa principal), con sus correspondientes dependencias y aperos de labranza, desde la que se dirige y lleva toda la explotación, en cultivo directo y, complementariamente, en aparcería, por ser usual en la región, donde apenas se emplean trabajadores asalariados para suplir el trabajo familiar.

Añádase que la evidente intención del testador, según la interpretación lógica de la cláusula discutida, fué la de asegurar a su viuda, mientras permaneciera en tal estado, una decorosa subsistencia, como si viviese su marido, continuando en la misma casa, sin que en ningún caso (incluido el evento contemplado en la segunda parte de la cláusula 8.^a del testamento) se viera obligada a mudar de género de vida ni a cambiar el domicilio conyugal. Si interpretáramos la cláusula 5.^a del testamento de don E. N. V. en el sentido de que el legado allí ordenado sólo puede tener efecto por lo que se refiere a los bienes rústicos de la propiedad del testador radicantes en el lugar de Chenlo, de la parroquia y municipio de Valga, se frustraría una voluntad testatoria cierta y segura, dándole un contenido irrisorio (¡diez ferrados!), que absorbería tan sólo una ínfima parte del tercio de libre disposición de todos los bienes, derechos y acciones del causante, por cuenta del cual se hizo el legado. Además, de ese modo se prescindiría de la expresa intención del testador de legar bienes urbanos (casa-habitación y dependencias de la misma), haciendo de ellos un elemento meramente accidental y considerando como esencial la situación de los bienes, cuando lo lógico es entender lo contrario, a la vista de lo que llevamos expuesto y de lo que aún tendremos ocasión de añadir.

Hay todavía un elemento interpretativo no exento de interés: el alcance atribuido a la cláusula discutida por la esposa del *de cuius*. Nadie mejor que ella, ligada al causante por el estrecho e íntimo vínculo matrimonial, podía conocer la verdadera *mens testantis* (intención del testador). Puede decirse que en los matrimonios bienavenidos no testa ninguno de los cónyuges sin comunicar al otro sus propósitos y sin cambiar impresiones acerca del contenido de las disposiciones de última voluntad proyectadas. El sentido atribuido por doña I. G. C., a la cláusula 5.^a del testamento de su esposo como comprensiva de la casa principal y sus dependencias —según se desprende de lo que aquélla ordenó en la cláusula 2.^a, letra a), de su respectiva disposición de última voluntad—, viene así a facilitarnos, indirectamente, una especie de “interpretación auténtica” de la tan mentada cláusula testamentaria de don E. N. V., dándonos el “ángulo visual” del testador, sin el cual la recta interpretación del testamento resulta imposible. El intérprete debe encarar siempre la declaración de última voluntad desde el ambiente y desde el punto de vista del testador (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1944, 1 de junio de 1946 y 6 de febrero de 1958), pudiendo valerse de todos los elementos, intrínsecos o extrínsecos al testamento, para descubrir la voluntad real del declarante (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1942, 1 de junio de 1946 y 3 de

junio de 1947, entre otras), la cual rige el sentido decisivo del testamento sin más restricción que la de que haya encontrado en el documento una expresión cualquiera, aunque sea imperfecta (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940) (vid. nuestro libro "Interpretación del testamento", Barcelona, 1958, pp. 79 y ss.).

Entendemos aplicable a nuestro caso el artículo 773, párrafo 1.º, del Código civil, según el cual "el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada". A nuestro modo de ver, dicho precepto está subordinado a la norma fundamental del artículo 675 y se refiere a un caso de error en la declaración (designación de heredero o legatario), que, por identidad de *ratio*, cabe extender a supuestos semejantes (designación del objeto de la institución o de la cosa legada), admitiendo expresamente el recurso a la prueba extrínseca para rectificar dicho error mediante la interpretación llamada correctora, siempre que la voluntad real descubierta por el intérprete encuentre todavía algún apoyo en la declaración testamentaria. La errónea mención de datos y circunstancias inesenciales o accidentales no obstaculiza la tarea interpretativa, merced al principio *falsa demonstratio non nocet* (vid. lo que a este respecto escribimos en nuestro citado libro, pp. 49 y ss.).

Así, pues, se debe aplicar la regla *falsa demonstratio non nocet*, latente en el citado artículo 773 del Código civil, a los casos —como el nuestro— en que aparece equivocada alguna circunstancia en la designación de la cosa legada por *lapsus calami* o por *error in demonstratione*. En nuestro supuesto, la errónea mención o *falsa demonstratio* estriba en unas palabras de la frase "radicantes en el lugar de Chenlo de la parroquia y municipio de Valga", palabras que hemos subrayado y que se refieren a un dato o circunstancia inesencial o accidental, equivocación perfectamente salvable porque valiéndonos del mismo testamento y de otros medios de prueba extrínsecos es posible —según vimos— relacionar inequívocamente el objeto de la disposición con el "lugar acasarado" de la propiedad del testador, integrado por bienes rústicos y urbanos (la casa-habitación y dependencias de la misma) radicantes en la parroquia y municipio de Valga. Obsérvese que en la cláusula 6.ª se mencionan únicamente las parroquias y municipio, pero no los lugares en que se encuentran los bienes rústicos y urbanos objeto de los legados allí ordenados. Al mencionar en la cláusula 5.ª también el lugar, hubo una equivocación, comprensible por ser la casa principal una de las últimas del lugar de Rajoy, estando, como el resto de las fincas que componen el "lugar acasarado", mucho más próximo del lugar de Chenlo que del de Rajoy.

El error o equivocación padecido por el testador (y puede que por el Notario o amanuense) carece, por tanto, de trascendencia y no afecta a la validez ni al recto sentido y alcance de la cláusula 5.ª del testamento de don E. N. V. En fin, la errónea mención del lugar de Chenlo no perjudica y debe ser considerada como no escrita.

II

Respondida la primera pregunta de la consulta, la segunda carece ya de dificultad.

Los legados ordenados por doña I. G. C. en la cláusula 5.ª de su testamento,

como legados de cosas específicas y determinadas, propias de la testadora, surtirán eficacia real, adquiriendo los legatarios su propiedad desde la muerte de aquélla, con los demás efectos previstos en los artículos 882, 883, 885 y 886 del Código civil.

Discutible es si en el legado ordenado en al cláusula 5.^a del testamento de don E. N. V. se comprendían también los muebles, ropas y cuantos efectos y enseres se encontraban al tiempo de su muerte en la casa principal y dependencias. A la vista de lo establecido en el artículo 347 del Código civil, más bien hay que entender que no, pues los artículos 334, núm. 5.^a, y 883 del Código civil únicamente permiten con seguridad entender que estaban comprendidos los aperos de labranza, como pertenencias o accesorios del "lugar acasulado" objeto de la manda, destinados por el propietario a la explotación agrícola que allí se realiza y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de dicha explotación. Por ello, precavíéndose doña I. G. C. de la posible nulidad de sus legados por lo que se refiere a los muebles, ropas y cuantos efectos y enseres se encontraban al tiempo de su muerte en la casa principal y dependencias, ordenó en la cláusula 6.^a de su testamento que "si algo de lo legado por la testadora no perteneciere a la misma, en todo o en parte, se entenderá como legado de cosa ajena", a los efectos meramente obligacionales que señalan los artículos 861 y 864 del Código civil, disposición que también tiene su razón de ser por lo que afecta a los legados de "todos los ganados mayores y menores", contenidos en la letra b) de la cláusula 2.^a del mismo testamento, ya que a tenor del artículo 1.405 del Código civil cabe que existieran cabezas de ganado repartidas legalmente como gananciales por exceder de las que fueron aportadas al matrimonio, y entonces se estaría ante un legado de cosa ganancial (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934, y CÁMARA, "El legado de cosa ganancial", en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1952, pp. 467 y ss.).

Tal es, a nuestro juicio, el sentido, alcance y efectos de las cláusulas 5.^a del testamento de don E. N. V. y 6.^a del testamento de doña I. G. C., por lo que la renuncia a la herencia hecha por uno de sus hijos no puede impedir la eficacia real (transmisiva de la propiedad) de los legados ordenados por la última, que en lo fundamental —menos, acaso, en lo referente a los muebles, ropas y cuantos efectos y enseres se encontraban en la casa principal y dependencias, y, eventualmente, a los ganados mayores y menores— no funcionan como legados de cosa ajena, con eficacia puramente obligacional para los herederos que aceptaron la herencia de doña I. G. C.

CONCLUSIONES

Primera. El legado contenido en la cláusula 5.^a del testamento de don E. N. V. tiene efecto por lo que se refiere a los bienes rústicos y urbanos radicantes en la parroquia y municipio de Valga, que constituyen una unidad económica y orgánica ("lugar acasulado").

Segunda. Los legados ordenados por doña I. G. C. en la cláusula 2.^a de su testamento, como legados de cosas específicas y determinadas, propias de la testadora, surten en lo fundamental eficacia real (transmisiva de la propiedad).

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

COSSIO Y CORRAL, Alfonso de: «La Sociedad de Gananciales». Tomo 50. Volumen I del «Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil». Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1963, págs. 307.

El Instituto Nacional de Estudios Jurídicos cuenta entre los profesionales del Derecho con un amplísimo margen de admiración y confianza. Para el civilista, concretamente, las publicaciones sobre la especialidad tienen un valor que sería superfluo destacar. Principalmente el Anuario de Derecho Civil, dirigido con severidad y acierto, ha logrado hacerse la revista imprescindible que resiste, con indudable ventaja, la comparación con las demás que, en número quizás excesivo, han aparecido en nuestra Patria.

Con la monografía del profesor Cossío sobre «La sociedad de gananciales» da comienzo una tarea tan ambiciosa como es la publicación de un «Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil». Empresa que merece el éxito correspondiente a tan gran esfuerzo, único en la historia jurídica española. Es de apreciar que entre sus finalidades se encuentra la de proporcionar, con los estudios necesarios, una futura reforma del Código civil. Quiera Dios que sean tenidos en cuenta en el momento de acometer, si necesario fuera, esta labor, y no nos veamos sorprendidos cualquier día con un Proyecto de Código, surgido de la noche a la mañana, como si se tratase de una Orden Ministerial.

El profesor Cossío, una vez más, vuelve a demostrar su condición de «auténtico jurista». Un jurista que no comete ese «pecado contra el Espíritu Santo» que, según Schopenhauer, es dejar de lado los propios pensamientos para echar mano de un libro.

En las numerosas páginas que dedica a la sociedad de gananciales, se puede apreciar la agudeza de su ingenio, su original planteamiento de problemas jurídicos, la búsqueda de soluciones justas más que de armoniosas y estériles construcciones conceptuales. Naturalmente, que este *savoir-faire* tienen por base, en el profesor Cossío, su dilatadísima experiencia práctica, unida a un profundo conocimiento y «entendimiento» de la jurisprudencia y a una concepción metodológica que rechaza cualquier solución de conflictos cuando pugna con el sentir moral y jurídico. Su monografía sobre «El dolo en el Derecho Civil» es un ejemplo señero de lo que puede dar de si esta vía metodológica, característica de una postura personal y decidida. No se esconde el pensamiento tras un parapeto de opiniones ajenas.

Pocos temas en el Derecho civil tan propicios a un estudio bajo estas premisas que el de la sociedad de gananciales, debido a la confluencia de

intereses económicos con los puramente familiares. El prisma conceptual hubiese constituido un error de enfoque del que en todo momento huye la obra. Así, el debatido problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales no es solucionado con la adhesión a una de las varias teorías formuladas, sino que es considerado exclusivamente como un problema referente a la **titularidad** de los bienes, y a las responsabilidades a que están afectos. La titularidad recae sobre un patrimonio, más que sobre una suma de bienes, con su activo y pasivo, y corresponde por igual al marido y a la mujer. Ahora bien, de esa titularidad no derivan las mismas facultades. Existe una desigualdad en su atribución a los cónyuges en razón a la distinta posición que ocupan en la sociedad conyugal. No es obstáculo a esta titularidad (que el profesor Cossío llama material), el que los bienes inmuebles aparezcan en el Registro a nombre sólo de la mujer o del marido (titularidad formal). El estatuto jurídico de los bienes está determinado por la titularidad material.

A continuación de la naturaleza jurídica, se aborda, con minuciosidad un gran número de cuestiones, cuya sola enunciación excedería los límites en que se ha de mover esta recensión, relativas a los bienes que componen el patrimonio ganancial, y a sus responsabilidades. Eje central de esta materia lo constituye la presunción de ganancialidad del artículo 1.407. Para el profesor Cossío no son válidas las doctrinas negadoras de la confesión sobre el carácter de un bien, que tienden a salvaguardar la prohibición de donaciones entre cónyuges. «No es suficiente —observa— que un acto jurídico pueda ser utilizado para la simulación o para el fraude, para que sin más hayamos de considerarlo nulo e ineficaz en derecho». La confesión produce efectos *inter partes*, y establece una presunción **juris tantum** de verdad en contra de su autor y causahabientes, susceptible en todo caso de ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Si es verdad (como dice el Tribunal Supremo), que el confesante no puede negar lo que antes ha reconocido (doctrina de los actos propios), ello no supone en modo alguno la imposibilidad de impugnar la eficacia de dicha confesión, debiendo entonces ser desvirtuada mediante las pruebas adecuadas.

Otra de las materias que el profesor Cossío estudia con todo rigor es la referente a la administración y disposición de bienes gananciales. Ciento cuarenta apretadas páginas dan testimonio de su exhaustivo análisis. Destacamos su interpretación sobre el párrafo tercero del artículo 1.413. Desarrollando hasta el máximo la tesis del profesor Castro, de que los actos dispositivos realizados por el marido sin el consentimiento de la mujer encajan en el artículo 1.259 del Código civil, como realizados sin poder suficiente, mantiene el profesor Cossío que el acto no produce efectos en ningún momento frente a la mujer o herederos. No hay prescripción de la acción de impugnación. Advierte certeramente que, en realidad, ni siquiera hay una impugnación, porque se trata de actos que nunca han sido eficaces frente a la mujer. No obstante, a ésta le puede interesar una declaración judicial de su inexistencia, con el reintegro al patrimonio ganancial del bien objeto de la disposición. Si alegase el adquiriente la usucapición (**ordinaria** o **extraordinaria**), entonces la mujer está protegida por el párrafo segundo del artículo 1.419. Postura que, a nuestro juicio, parece más acertada

y protectora de los derechos que tiene en la sociedad conyugal, objeto de la reforma de 1958. En efecto, creemos que carecen de fundamento aquellas opiniones doctrinales formuladas con olvido de esa finalidad, y que interpretan la expresión legal «no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos», como equivalente a la formulación de una anulabilidad, con acción limitada a cuatro años, contados bien a partir del acto dispositivo, bien desde la disolución de la sociedad.

Por último, se examina el funcionamiento de la sociedad en estado de disolución y la liquidación. Es de señalar el fino análisis que contienen las páginas 272-280 sobre la desvalorización monetaria a propósito de la collación exigida por el artículo 1.419, con la aguda distinción, en el artículo 1.045, del problema de los riesgos, por una parte, y por otra la pérdida de valor por motivos extrínsecos (desvalorización).

Para dar una idea del esfuerzo que supone la monografía que comentamos, anotamos que aparecen en el texto consultadas más de ciento ochenta sentencias del Tribunal Supremo, y casi un centenar de Resoluciones de la Dirección General de Registros. La sintaxis, poco recomendable, de gran parte de nuestra doctrina legal, contrasta en las páginas de la obra con el estilo siempre elegante y sencillo, que es habitual en los trabajos del profesor Cossío. Tampoco su claridad de exposición aparece enturbiada por la abundancia de citas doctrinales; se encuentran en la obra recogidas sólo las opiniones de los autores que provocan comentarios sugerentes.

En suma, una monografía que, como cualquier trabajo de Cossío, obliga a la lectura atenta, a un replanteamiento de las posiciones ya adquiridas ante determinadas situaciones jurídicas, a un diálogo interno. Algo difícil para las mentalidades jurídicas hechas a clasificaciones y rutina.

Antonio GULLÓN BALLSTEROS
Catedrático de Derecho Civil

D'ORS, Alvaro: «Una introducción al estudio del Derecho». Madrid, 1963.
Editorial Rialp, S. A.; un volumen de 192 págs.

La obra del profesor d'Ors sobre una introducción al estudio del Derecho no es sólo original en su concepción, sino que su contenido posee una gran profundidad. Como historiador y romanista, el profesor d'Ors posee un bagaje con tradición y genuinidad que puede darnos el conocimiento exacto de las invariantes y finalidades del estudio del Derecho; como juríspundente, investigador y pedagogo, este eminente profesor concibe el estudio del Derecho con un sentido realista e intelectivo, bien ordenado, que puede apreciarse a través de todas las páginas de su obra. El estudio del Derecho —nos dirá— es un estudio de libros; pertenece a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo amplio de «Humanidades», porque toma en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza. Este obrar humano que constituye la materia del Derecho es propiamente libre: es conducta. Las fuentes del derecho son, también, libros. Se pueden también llamar códigos, pero siempre que no pensemos exclusivamente en códigos de leyes; porque una cosa es el

derecho y otra es la ley. Derecho es un adjetivo que se ha sustentivado aplicable a la conducta humana: quiere decir lo recto, lo que va por donde debe de ir, por el camino recto. Necesitamos de los libros, dice el autor, para dar soluciones justas a los casos que se presentan. El hombre de derecho o jurista es el que responde a las preguntas que se le hacen, pues tiene autoridad para ello, y responde de sus preguntas; las preguntas que se hacen al hombre de derecho se refieren a la justicia o no de las conductas y sus consecuencias sociales. Para el distinguido profesor, la justicia es la virtud o hábito moral que consiste en dar a cada uno lo suyo; pero presupone un conocimiento de este suyo que se debe dar a cada uno: este conocimiento es el objeto de la virtud de la prudencia. La prudencia es virtud intelectiva y la justicia volitiva, aquella, por tanto, debe preceder. Es más, dice el profesor d'Ors, el estudio del derecho no es más que una educación de la prudencia. Tanto la virtud de la prudencia como también la de la justicia excede de lo que llamamos derecho: el derecho es una zona acotada dentro del campo de la moral al que se extienden las virtudes. Dentro de la conducta humana hay actos que interesan al derecho y otros que no interesan; la diferencia está en la reacción social ante las distintas conductas inconvenientes. Una conducta empieza a ser propiamente jurídica cuando la sociedad establece un órgano, unipersonal o colectivo, para declarar si una conducta particular es inconveniente o no. Este órgano que declara si un acto es o no justo, esto es, conforme a la virtud de dar a cada uno lo suyo, se llama juez, y su declaración es, en cuanto opinión, sentencia, en cuanto resolución con efecto social, juicio. Juez es el que en cada caso, declara lo que es derecho o no: *ius-dex, qui ius dicit*. De aquí que, el profesor d'Ors llegue a la definición del derecho y diga: derecho es aquello que aprueban los jueces. Esta concepción del derecho como una realidad judicial es uno de los puntos de vista más originales de la obra de este ilustre profesor. de la que va a extraer una serie de consecuencias.

En primer lugar, advierte que la realidad jurídica es esencialmente judicial; todo cuanto constituye realidad jurídica va orientado al juez, pues es jurídico porque puede dar lugar, eventualmente, a una declaración judicial. Los que saben el derecho, es decir, los que saben cómo deben dar sentencias los jueces y cómo las dan normalmente, son los prudentes del derecho, pues saben lo que se debe hacer para ajustarse a la aprobación judicial; porque saben, son consultados acerca del derecho y por eso son llamados también jurisconsultos. Los jurisconsultos saben la verdad del derecho, es decir, la verdad de los jueces, y por eso se dice que tienen autoridad; que ellos mismos son autoridades. En términos generales, para el profesor d'Ors la autoridad es la verdad socialmente reconocida y se contrapone a la potestad que es la fuerza socialmente reconocida o poder. La comunidad tiene ella misma poder. El jurisconsulto responde porque tiene autoridad, pero su respuesta tiene trascendencia pública, y él responde a su respuesta, pues aunque la pregunta venga concretamente de un particular, él responde a la comunidad, y su criterio debe valer como norma general. El juez moderno reúne autoridad y potestad: la declaración judicial, en cuanto declaración de opinión, proviene de la autoridad, pero en cuanto el juez dispone de poder para ejecutar su sentencia, tiene también potestad: es juez y magistrado al mismo tiempo.

También la declaración autoritaria de un juez, aunque referida a un caso particular, constituye norma general para toda la comunidad, como la de un jurisconsulto. La conclusión del profesor d'Ors es que, ante un mundo intensamente tecnificado, la ley se ha convertido en el instrumento ordinario de ordenación social, mucho más allá de los límites de lo que es derecho porque puede ocasionar un juicio; en este sentido puede decirse que la ley tiene, en el mundo moderno, el fin de planificar.

Los dos capítulos siguientes de esta obra están dedicados a considerar separadamente el derecho, fundamentalmente privado, que tiene por objeto las *relaciones* y, por otro lado, la ordenación de *situaciones*, que constituye el objeto propio de la Ciencia de la organización; por lo cual, el profesor d'Ors distingue el derecho propiamente dicho y la organización social.

A modo de "apéndices" se añade una serie de temas que confluyen en la enseñanza del derecho: "la educación helenística y la jurisprudencia romana"; "principios para una teoría realista del derecho"; "la mentalidad jurídica"; el principio de la subsidiariedad" y "los pequeños países en el nuevo orden mundial (relación andorrana)". Se ha dicho que el gran hallazgo del autor en este libro ha sido definir en apartados concisos y claros los conceptos jurídicos fundamentales que adquieren un sentido nuevo, perfectamente accesible al estudioso; ello es indudable. Pero tenemos que añadir que, tanto por lo que esta obra expone como por lo que induce a reflexión, es una de las contribuciones más valiosas que se ha producido en la doctrina jurídica de estos últimos tiempos.

J. B. C.

ESPIN CANOVAS, Diego: «Una nueva familia civil: La adoptiva»; Publicaciones de la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia; Salamanca, 1963, 15 págs.

La adopción aparece como una institución bifronte a lo largo de la historia, de una parte busca un heredero para que mantenga el culto familiar y buen nombre del adoptante, y de otra trata de dar un padre al adoptado. La tendencia en las legislaciones actuales es la de acentuar los vínculos creados por la adopción en favor de los adoptados, pero puede decirse que estamos todavía en una fase experimental; la médula del problema consiste en saber hasta qué punto es posible romper los vínculos que por naturaleza unen al adoptado con su familia de origen, y sustituirlos por otros análogos con la familia adoptiva.

En el problema de la estabilidad de la familia adoptiva, la ley española de 1958 se inclina por el principio de la irrevocabilidad, si bien se introducen dos causas de extinción de la adopción en el artículo 175; se echa de menos la persona del adoptante entre las personas legitimadas para pedir judicialmente aquélla, mientras que el derecho otorgado a la familia de origen puede ser fuente de perturbaciones.

Los vínculos que subsisten después de la adopción entre el adoptado y la familia de origen son de intensidad distinta según se trate de adopción plena

o menos plena; respecto de la patria potestad, mientras en ésta, en defecto del adoptante, pasa a los padres por naturaleza, en la adopción plena, a falta de norma expresa, hay que decidir que debe constituirse la tutela. Ante el silencio legal, hay que optar por la subsistencia de los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco entre el adoptado y su familia de origen. Esta parece que conserva derechos hereditarios sobre la herencia del adoptado en la adopción menos plena; ello puede dar lugar a situaciones de gran delicadeza (adoptado que hereda al padre adoptivo, pasando luego la herencia a la familia natural) ante las cuales el profesor Espín propone la creación de una reserva especial.

No menos interesantes son las relaciones entre el adoptado y la familia adoptiva. En la escritura de adopción no concurren a prestar consentimiento los familiares del adoptante, y por ello estos últimos quedan fuera del vínculo adoptivo, pero en materia de impedimentos matrimoniales hay un reflejo de la adopción en relación con la familia del adoptante. Además el autor señala otras posibles incidencias de esta última en materia de la reserva del artículo 811 y del derecho de reversión del artículo 812, cuya aplicación a la familia adoptiva en sentido amplio parece justificarse.

Finalmente, en cuanto a las relaciones entre el adoptado y el cónyuge del adoptante puede plantearse la aplicación de las normas sobre segundas nupcias cuando reitera matrimonio el viudo adoptante o el que adoptó conjuntamente con el premuerto.

Como conclusión postula el autor una regulación complementaria de la adopción en nuestro Derecho que tenga en cuenta diversas sugerencias concretas.

Breve, pero enjundioso estudio sobre una materia que está de actualidad.

Gabriel GARCÍA CANTERO

GARCIA BAÑON, Amador: «El beneficio de separación». Madrid, 1962.

En base a la vieja institución romana de la *separatio bonorum*, recogida en gran parte por las legislaciones latinas, esta obra estudia los problemas y soluciones que el beneficio de separación presenta en nuestro Derecho civil. El autor plantea la cuestión de cómo los acreedores hereditarios pueden promover, según los casos, los procedimientos de abintestato o testamentaria y cómo sólo después de quedar satisfecho su crédito se entregan los bienes de la herencia a herederos y legatarios. Añade, cómo los acreedores de la herencia también están autorizados, siempre que haya habido adjudicación de bienes para pago de deudas, a anotar preventivamente su derecho, lo que les confiere una eficacia *erga omnes* frente a legatarios y frente a acreedores del heredero. Por último, todos los legatarios, en principio, tanto los de cosa inmueble determinada como los de género o cantidad, gozan de la facultad de obtener la anotación preventiva: anotación que les otorga un trato de preferencia frente a los acreedores personales del heredero.

El autor advierte cómo los mencionados supuestos legales, quizá en apa-

riencia tan diversos, tienen la misma finalidad, la misma razón de ser: la constitución, por parte de acreedores del difunto y de legatarios, de un título preferente sobre los acreedores del heredero; y, entre ellos —acreedores del causante y legatarios— hacer prevalecer el derecho de los acreedores. Tales efectos son los propios del beneficio de separación, la reproducción precisa de su perfil jurídico.

Frente a la posición de Cámara y Vallet de Goytisolo, que estiman que en nuestro Derecho no cabe hablar de un propio beneficio de separación, el autor cree que no existe inconveniente alguno, teórico ni práctico, para afirmar el beneficio de separación como una aplicación de ese principio general al caso de la herencia aceptada pura y simplemente. Si no fuera por el beneficio de separación, dice el autor, que la ley reconoce, sólo los acreedores de la sucesión que lo solicitan, podrían adelantarse a los acreedores del heredero y reclamar los bienes de la herencia, en el ejercicio de un legítimo derecho, del que podrían resultar dañados acreedores del causante y legatarios.

En la obra se sistematizan las formas de separación, los requisitos de separación, los titulares de la separación, el objeto y los efectos, el beneficio de separación y el patrimonio personal del heredero para concluir con el beneficio de separación. Un índice de fuentes y otro alfabético concluyen esta bien elaborada monografía que constituye una seria contribución al Derecho hereditario español.

J. B. C.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE:
«Jurisprudence de droit uniforme», núms. 3-4 (1962). Editorial Giuffrè, Mi-
lano; un volumen de 372 págs.

Este fascículo de colección de jurisprudencia de Derecho uniforme del «Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado», con sede en Roma, comienza con un estudio del magistrado Halvar Lech sobre las sentencias del Tribunal Supremo sueco acerca de la aplicación de las disposiciones del Convenio Internacional de 1924 sobre los conocimientos de embarque marítimo.

En este cuaderno, se sistematizan, además, el conjunto de sentencias correspondientes a dicho Convenio de Bruselas de 1924, que consideraron los casos de acción de responsabilidad, ámbito de aplicación del Convenio, la competencia, la indemnización de daños y perjuicios, la navegabilidad, la prescripción, las reservas en el embarque y la responsabilidad del transportista.

Sobre el Convenio de Varsovia de 1929 acerca del transporte aéreo internacional, se reúnen las sentencias de los casos de competencia, culpa inexcusable y transporte sucesivo. En torno al Convenio de Ginebra de 1930, sobre letras de cambio y títulos a la orden, aparecen los casos sobre acción cambiaria, alteraciones, aval, título a la orden, endoso, letras de cambio, pago, portador y firma falsa. Por último, el Convenio de Ginebra de 1931, acerca

de la ley uniforme sobre cheques retine las sentencias en materia de cheque, falso endoso, tomador de un cheque y firma.

Al venir recogidas las sentencias en su texto original, esta publicación constituye un gran elemento de trabajo que contribuye a una interpretación más genuina y precisa de las materias tratadas.

J. B. C.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE:
«Jurisprudence de droit uniforme», núms. 1-2 (1963). Editorial Giuffrè, Milano; un volumen de 175 págs.

El «Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado», continúa esta colección de jurisprudencia uniforme sobre los Convenios internacionales a los que se han adherido los diversos Estados con objeto de proporcionar un material de trabajo, tanto al práctico como al teórico, que estudia las instituciones que son objeto de aplicación.

El presente volumen contiene la jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas de 1924, acerca de los conocimientos de embarque, especialmente en aquellas materias que hacen referencia a la avería, a las cláusulas de conocimiento, a la competencia, a la carga de la prueba, a la culpa náutica, a la navegabilidad y a la prescripción de la acción. El Convenio de Bruselas de 1910 es objeto de diversas aplicaciones sobre la asistencia y salvamento marítimo y en los casos de asistencia y salvamento, en materia de aplicación y en cuanto al resultado útil de la cuantía de la indemnización. El Convenio de Varsovia de 1929, sobre el transporte aéreo internacional, también es objeto de aplicación en dos sentencias: una, sobre la cuestión de desembarco en terreno del aeropuerto; otra, sobre el transporte sucesivo. El Convenio de Ginebra (1930) sobre la Ley Uniforme (anexo I) de letras de cambio y títulos a la orden, recoge sentencias sobre materia de aceptación, la acción cambiaria, la aplicación de la ley uniforme, el aval, los títulos a la orden, el endoso, las letras de cambio y el pago. Por último, sobre el Convenio de Ginebra de 1931, referido a los cheques, se recogen las sentencias sobre el endoso, pago y provisión en el cheque.

Como siempre, el «Instituto para la Unificación del Derecho Privado» nos ofrece una publicación bien sistematizada y completa sobre la materia de jurisprudencia de derecho uniforme.

J. B. C.

MARÍN PEREZ, Pascual: «La Política del Derecho», Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1963, 200 págs.

El profesor Marín Pérez, en su calidad de catedrático de Derecho civil, ha dedicado numerosos estudios a problemas relacionados con las distintas materias de esta disciplina. Pero, es igualmente conocido que deliberadamente no ha querido limitar su producción científica al campo estricto del Derecho

civil, sino que ha sentido siempre una gran preocupación por los problemas determinados por la incidencia del Derecho en el campo más amplio de la ciencia social y, especialmente, de la ciencia política. De este modo, el profesor Marín resulta ser, ciertamente, un civilista: pero, un civilista que no encuentra acomodo en la torre de marfil de la simple exégesis de los textos legales, sino que, ante la dinámica de la normatividad jurídica, extiende su inquietud a las implicaciones político-sociales en las que las normas jurídicas se encuentran envueltas, tanto en su origen como en su aplicación y efectos. Por eso, en la obra jurídica del profesor Marín Pérez aparece la preocupación constante por la relación Política-Derecho: *La Política*, que encuentra en el Derecho la vertebración que hace positiva y consistente la fugacidad de la acción en que la Política consiste; la Política es acción, pero, apoyada en el Derecho, es acción que permanece. El Derecho, que arranca siempre, en mayor o menor medida, de una idea política y que adquiere sentido, en parte, en el servicio a una Política. Por todo ello, no nos parecería exacta la calificación del profesor Marín como civilista que además trata de Política, porque este tratamiento viene a mostrarse como esencialidad constitutiva en su actividad jurídica.

De acuerdo con ello, Marín Pérez ha insistido siempre en el tratamiento conjunto, en ciertos aspectos, del Derecho y la Política, y esta posición está siendo ya reconocida como acertada. Baste en este momento recordar cómo, recientemente, el Presidente del Tribunal Supremo destacaba que el tratamiento científico actual del Derecho había de buscarse a través de una concepción tridimensional del mismo, que abarcase sus aspectos dogmático, filosófico y social, y con total justicia, al hacer la anterior afirmación, recababa para el profesor Marín el mérito de ser considerado, en este sentido, como un precursor, en cuanto que en su obra jurídica jamás ha estado ausente la dimensión político-social. En la línea plena de estas ideas se encuentra el libro que ahora reseñamos.

En efecto: si el profesor Marín Pérez ha defendido la necesidad de relacionar el Derecho y la Política, y ha tratado de ambas materias separadamente en múltiples ocasiones, era lógico esperar el planteamiento abierto de ambas, en su íntima conexión. Esta es la tarea que Pascual Marín realiza en el presente libro, objeto de su tesis doctoral en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Madrid, que mereció la máxima calificación, y en el cual el Derecho y la Política aparecen unidos en la misión de realizar la Justicia.

Luego de examinar la necesidad de plantearse el concepto de *Política del Derecho*, el autor acomete la tarea de la construcción conceptual del mismo, y estudia los factores que considera precisos para este intento: Adecuación de la Política al Derecho natural, uso moderado, claridad y estilo de las leyes, y sentido de la Política. El profesor Marín fija el sentido de los términos Política y Derecho, destacando que ambos, dentro del pensamiento iusnaturalista, han estado siempre vinculados a la Moral. Maquiavelo rompe con esta vinculación y, al separar la moral de la actividad política y de la actividad jurídica, se produce la consecuencia de reducir el Derecho a un simple instrumento de la Política, subordinado totalmente a ella, por cuanto que a la actividad política no se fijan límites. Frente a la conocida

reacción de los juristas, refugiándose en la pura técnica jurídica, el medio se encuentra en la puesta en vigor de una nueva —y perenne— técnica jurídica: *La Política del Derecho*, que el profesor Marín define como el «conjunto de reglas que determinan la vinculación del hombre de gobierno al Derecho natural, a través de la técnica jurídica y con rigurosa lealtad a los principios ideológicos, inspiradores del Estado, en la más amplia acepción del vocablo». Con arreglo a ella, «al político corresponderá trazar las directrices ideológicas, pero será sólo al jurista a quien corresponda traducir en normas las directrices políticas».

El autor examina en su obra la aplicación de esas ideas a la realidad jurídico-política española. El resultado es la revaloración de la Política y del Derecho, que se obtiene mediante el entendimiento de la Política del Derecho como instrumento capaz de lograr la seguridad social, es decir —con palabras del propio autor— «el equilibrio estable entre los intereses en pugna de las diversas clases sociales en un momento histórico determinado, mediante la combinación de los factores de justicia y seguridad jurídica a través del Derecho».

En resumen: sobre un tema de extraordinario interés, el profesor Marín Pérez ha construido una obra muy valiosa, repleta de ricas consideraciones y sugerencias, con una exhaustiva y recientísima bibliografía que constituye otro mérito más de este trabajo, al que su autor ha añadido, como acostumbra, los índices de autores y materias, estimables auxiliares en la tarea de consulta.

JUSTO JOSÉ GÓMEZ YSABEL

STUDI SULLE ASSICURAZIONI. Roma, 1963. Edición del Instituto Nacional de la Aseguración Italiano. Editorial Giuffrè. Un volumen de 616 páginas.

Al cumplirse el cincuentenario de la existencia del Instituto Nacional de la Aseguración Italiano se ha querido festejar su larga existencia con la publicación de este volumen que contiene una serie de estudios realizados por los mejores especialistas de la materia en el ámbito del Derecho comparado.

La obra agrupa los trabajos en tres partes bien definidas: la primera, con el título «Derecho del seguro», reúne los estudios de ASQUINI, *Sobre algunas recientes consideraciones acerca de la posición jurídica del seguro contra infortunios*; de BESSON, *El conductor o poseedor autorizado en el seguro automóvil*; de BRACCO, *La empresa en posición dominante según el reglamento de aplicación de los arts. 85 y 83 del Tratado de Roma y la industria aseguradora italiana*; de DE GREGORIO, *Notas sobre la consideración de agravación del riesgo (art. 1.898 del Código civil)*; de DONATI, *Economía, técnica y derecho de seguro*; de FANELLI, *Intereses técnicos y gravámenes fiscales*; de FERRI, *La empresa en la estructura del contrato de seguro*; de GARRIGUES, *El seguro de responsabilidad civil en el Derecho español*; de MÖLLER, *La clasificación del seguro privado*; de PICARD, *La designación de una concubina como*

beneficiaria de un seguro de muerte, y de SANTORO-PASSARELLI, La causa del contrato de seguro.

Con el título «Economía y Hacienda de la empresa de seguros», se reúnen los trabajos de AMOROS, *¿Es posible defender al asegurado sobre la vida contra el riesgo de la devaluación monetaria?*: de ARENA, *Ahorro asegurativo y hacienda pública*; de BRAESS, *La significación del capital propio en la economía del seguro*; de BURNS, *Las funciones del seguro social y privado*; de CASALI, *El patrimonio de la empresa de seguro sobre la vida*; de CASSANDRO, *Sobre la formación y determinación del rédito de ejercicio en la empresa aseguradora*; de HEDGES, *Seguro y medida del riesgo*.

En el tercer apartado se comprenden y agrupan los estudios de una materia con el título «Técnica de los seguros y matemática actuarial», con las contribuciones de Blanchard, Cultrera, D'Addario, De Finetti, Ottaviani y Santacroce.

Se trata de un volumen muy completo que presenta diversas facetas, así como las cuestiones más actuales en el campo de los seguros, tratadas por los mejores especialistas.

J. BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE y José María DESANTES GUANTER.

I. DERECHO CIVIL.

1. Parte general.

CÓDIGO CIVIL: *Livro I. Parte Geral*, BMI, núm. 107, junio 1961; págs. 5-158.

Texto articulado de la primera revisión ministerial del Libro I del Anteproyecto de reforma del Código Civil portugués, destinado a la Parte General, Los 356 artículos se distribuyen de esta forma: Título I, De las Leyes, de su interpretación y aplicación. Título II, De las relaciones jurídicas. Este Título II se divide, a su vez, en cuatro Subtítulos: Personas (singulares y colectivas), Cosas, Actos jurídicos (negocio jurídico, simples actos jurídicos, el tiempo y su repercusión en las relaciones jurídicas), Ejercicio y Tutela de los derechos (disposiciones generales, pruebas). El articulado que se ofrece se forma esencialmente a base de los Anteproyectos parciales presentados por diversos autores y a los que en este ANUARIO se ha ido haciendo oportuna referencia.

PIRES DE LIMA, F. A.: *A reforma do Dereito privado portugués*, BMI, núm. 110, noviembre 1961; págs. 35-57.

Discurso de apertura del Curso en la Universidad de Coimbra en octubre de 1961. Cuando en 1944 queda planteada la reforma del Código Civil portugués no se alzan en contra de la misma voces importantes. Hoy, elaborados en una gran parte los anteproyectos de las distintas materias, comienzan a aparecer críticas en cuanto a la oportunidad de la revisión misma del Derecho privado portugués; y más aún en cuanto a los procedimientos técnicos adoptados para la elaboración de los proyectos respectivos. Entiende el autor que la carencia de sentido social del Código de 1867 y su orientación acusadamente individualista, manifestada en todos los sectores de su contenido, imponen su revisión plena. El Código no es sino una sombra del pasado que en modo alguno satisface las necesidades de la hora actual. La jurisprudencia portuguesa no tiene la significación de la francesa y no ha creado, al lado del Derecho del Código, un nuevo Derecho privado. Puesto respectivo de la dogmática y de las soluciones claras y prácticas en la reforma.

SCHENEIDER, Egon: *Wie man Gerichtentscheidungen kritisch liest*, MDR, año 16, núm. 7, julio 1962; págs. 522-525. Núm. 8, agosto 1962; págs. 618-621. Número 9, septiembre 1962; págs. 694-696.

Necesidad en la interpretación del Derecho del tránsito de los sistemas cerrados (dogmáticos) a la consideración abierta de la problemática jurídica. Tránsitos

sito consumado generalmente por la jurisprudencia, que tiende a considerarse hoy como la fuente principal del Derecho verdaderamente aplicable. Relatividad de las premisas en torno a la investigación e interpretación del Derecho en la necesidad de adecuación al caso concreto. Importancia del llamado "Derecho judicial", para el que no se encuentra, sin embargo, una fundamentación definitiva. Al actual reconocimiento del Derecho judicial le falta la información imprescindible para su correcta interpretación; es frecuente en los juristas la falta de una técnica que permita el dominio, el manejo y la valoración crítica del Derecho del precedente. Tomando como base determinados supuestos fácticos, hace el autor unas indicaciones generales de carácter esencial en torno a la técnica en cuestión. Especial referencia al aspecto de la interpretación y valoración de la fundamentación de los fallos judiciales.

SCIWARZ, Fritz: *Was bedeutet uns Savigny heute?*”, ACP, tomo 161, núm. 6, noviembre 1962: págs. 481-499.

El preguntarse en torno a la posible significación actual de Savigny supone dos interrogantes: ¿Qué significó para la Ciencia jurídica del siglo xix? ¿Qué significa en la actualidad? Se indican brevemente los hitos esenciales de la vida del gran maestro, para trazar a continuación las características y significación de su obra científica. Rasgos metodológicos de sus primeros escritos, en relación con los postulados que luego va a defender la Escuela Histórica. Entiende Savigny que el fin de la Ciencia jurídica es fundamentar históricamente las funciones legislativas del Estado. Historia y sistema en las concepciones de Savigny. Su posición frente al Derecho natural y al Racionalismo. Aspectos y orientación fundamental de su "Historia" y de su "Sistema", considerando la unión de la teoría y de la práctica como fundamento básico de la Ciencia jurídica. A pesar de todos los aspectos hoy criticables de Savigny, a él se debe, a través de la elaboración de una auténtica Parte General del Derecho privado en su "System", el haber preparado el camino de la unidad jurídica en Alemania, evitando la fragmentación del ordenamiento jurídico con sus enseñanzas. En cierto modo, y no obstante su postura anticodecididora, ayudó indirectamente a la consecución de un Código Civil alemán.

TRABUCCHI, Alberto: *Antonio Cicu*, RDDC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1962, parte 1.º: págs. 484-488.

Nota necrológica en torno a Antonio Cicu, "príncipe de los civilistas italianos". fallecido en Bolonia el 8 de marzo de 1962. Publicaciones fundamentales, con indicación de su respectivo significado; especialmente en el ámbito del Derecho de Familia y del Derecho de Sucesiones, que fué donde Cicu escribió sus trabajos más importantes. Su concepción del Derecho de Familia como "tertium genus" entre el Derecho público y el Derecho privado es de sobra conocida. Rasgos de su personalidad y aspectos de su carácter. Quizá en exceso reservado para quienes pretendían obtener de él consejos y enseñanzas.

2. Derecho de la persona.

BISCOTTINI, Giuseppe: *Cambiamento di nome all'estero ed efficacia dell'atto relativo*. RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961: págs. 390-393.

Tomando por base, aunque no para seguir las, las afirmaciones de una sentencia del Tribunal de Piacenza de 25 de octubre de 1961, indica este autor cómo, a su juicio, debe resolverse el problema de cambio de nombre de un súbdito italiano que, después de haber devenido australiano y cambiado de nombre en Australia, se repatria a Italia. El problema debatido se centra en torno a la eficacia o no eficacia en Italia del cambio de nombre operado en Australia y de acuerdo con la ley australiana, que a la sazón era la "lex patriae" del interesado. La sentencia niega dicha eficacia. El autor no acepta esta postura. Estima, además, que la sentencia silencia un aspecto fundamental, cual es el hecho de si el repatriado había o no recuperado la ciudadanía italiana.

CAMPUS COSTA, Américo: *Incapacidades e formas de seu suprimento. Anteproyecto de Código Civil*, BMI, núm. 111, diciembre 1961: págs. 195-231.

En su estudio, en forma de articulado seguido de exégesis, acerca de las incapacidades, y destinado a la reforma del Código Civil portugués, distingue el autor dos tipos: las interdicciones, que se suplen por tutela, y las inhabilitaciones, suplidás mediante curatela. La interdicción afecta a los mayores que no tuvieren la capacidad necesaria para regir su persona y bienes, debido a habitual anomalía psíquica, aun con intervalos lúcidos, o a habitual sordera, mudez o ceguera. La inhabilitación es para los mismos supuestos anteriores, pero cuando no sean tan graves que justifiquen la interdicción, así como para los prodigios habituales, alcohólicos o toxicómanos. Se refiere a aquellos actos que el tutor de los menores no podría realizar sin autorización.

CARPI, Leone: *Questioni sulla controversa perdita della cittadinanza italiana e del diritto a pensione*, RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960: págs. 519-626.

Al territorio de Palestina emigraron buen número de italianos (judíos) como consecuencia de la legislación racial dictada en Italia en 1938. Constituido el Estado de Israel en 1948 y promulgada en él en 1952 la Ley sobre nacionalidad israelita, quedaban excluidas de la misma las personas que, antes de la entrada en vigor de la Ley, declararan querer conservar su antigua nacionalidad o declarasen no desechar adquirir la nacionalidad israelita antes de la emisión del certificado de inmigración (cuando de inmigrados se tratase). Surgieron dudas con respecto a los italianos que no habían hecho la declaración indicada y que, aun adquiriendo, por tanto, la nacionalidad de Israel, entendían con buena fe que seguían siendo italianos. Los tribunales italianos han estimado que les sigue perteneciendo la nacionalidad italiana. Basan su posición en que la Ley italiana impone la pérdida de la nacionalidad a los que *espontáneamente* ad-

quieran una extranjera, y en que adquisición *espontánea* no es lo mismo que adquisición *voluntaria*. El problema de las pensiones, supuesta la conservación de la nacionalidad.

DE WINTER, L. I.: *Il progetto di convenzione dell'Aja sulla protezione dei minorenni*. RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 12-29.

Acompañados del texto íntegro francés (que se inserta al final) se indican los aspectos fundamentales del Proyecto de Convención de La Haya relativo a la protección de menores, aprobado durante la IX Sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado (5 al 26 de octubre de 1960). Más que una revisión de la Convención de 1902, el Proyecto representa, en muchos casos, una reglamentación del todo nueva, habida cuenta de la evolución de las concepciones jurídicas en los últimos cincuenta años. Frente a la Convención de 1902, en el Proyecto de 1960 han de destacarse estas innovaciones fundamentales: *a)* No trata sólo de la tutela estricto sensu, sino de todas las medidas de protección de los menores. *b)* Designación de la autoridad judicial o administrativa competente para tomar las medidas protectoras. *c)* La autoridad competente debe siempre aplicar el Derecho propio. *d)* Reconocimiento en todos los Estados contratantes de las medidas adoptadas. *e)* Atribución de significado decisivo a las consultas recíprocas entre los Estados interesados en el caso.

GONCALVES PEREIRA, Manuel: *Ausencia (Anteproyecto para o novo Código Civil)*. BMI, núm. 105, abril 1961; págs. 281-391.

Se considera la ausencia como un estado civil especial, que, como tal, requiere una concreta reglamentación, y en la sistematización de la misma, como Anteproyecto para la reforma del Código Civil portugués, se adopta por el autor este esquema: I. Curaduría provisional y providencias conservatorias sobre los bienes del ausente. II. Declaración de ausencia y sus efectos. III. Declaración de muerte presunta. IV. Efectos de la ausencia en cuanto a los derechos eventuales del ausente. V. Otros efectos de la ausencia en cuanto a los derechos de familia (nuevo matrimonio, hijos menores). VI. Disposiciones Generales y transitorias. La anteproyectada reglamentación ocupa 43 artículos. Con anterioridad a su texto y referida a éste se hace una exégesis del contenido de cada uno, ofreciendo sus motivos y razón de ser.

LOJACONO, Vincenzo: *La parità della donna nella legge naturale e nella legge positiva*. RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960; páginas 53-609.

Uno de los caracteres más evidentes de la época actual, y que figura entre los factores determinantes de la misma, es el movimiento de equiparación jurídica de los sexos, reconocido y consagrado ya en los textos constitucionales de casi todos los países. La igualdad de la mujer en las relaciones de familia y en las relaciones de trabajo fué precisamente una de las materias tratadas en

el Congreso de Sofía, en octubre de 1960, y celebrado por la Asociación Internacional de Juristas Democráticos. Aspectos generales del problema de la igualdad de los sexos y de las "desigualdades" en el ámbito laboral; posibles causas de las mismas. La equiparación en el terreno de las relaciones humanas y familiares. Enfoque correcto y enfoque inadmisible. Imposibilidad de interpretación rígida del postulado de equiparación. La diversidad de situaciones de hombre y mujer (que no es desigualdad en su significado valorativo) impone necesariamente diversidad de tratamiento jurídico. Lo mismo acontece con las exigencias de la comunidad familiar y de su unidad (art. 29 de la Constitución italiana). Jefatura doméstica del marido: consecuencias. Argumentos contrarios a la potestad marital; defensa de la misma. Feminismo y libertad sexual de la mujer. Crítica. El estudio se redacta fundamentalmente sobre el Derecho italiano.

LOJACONO, Vincenzo: *Cognome della moglie e rapporti sociali in una recente decisione della Suprema Corte*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 226-249.

El artículo 144 del Código Civil italiano, entre otras cosas, establece que la mujer casada "asume" el apellido del marido. Se suscitan diversos problemas en torno a esta disposición. No se entiende pierde el suyo de nacida. No se estima razonable la reciente tesis de la Suprema Corte, según la cual la mujer tiene el derecho, pero no el deber, de asumir el apellido del marido (sentencia de 13 de julio de 1961). Fundamentación de la tesis contraria: unidad de nombre familiar, que contribuye, sin duda, a la unidad del grupo y repercute en el interés superior del grupo familiar con exigencias inderogables de naturaleza publicística que escapan a la disponibilidad de los particulares individualmente considerados.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Prescrição e caducidade*, BMI, núm. 105, abril 1961; 5-248, núm. 106, mayo 1961; págs. 45-278, núm. 107, junio 1961; páginas 159-306.

Precedido de un extensísimo estudio doctrinal de las instituciones de la prescripción (extintiva) y la caducidad, se articula el Anteproyecto destinado a la reforma del Código Civil portugués. Se agrupa la materia en tres capítulos: I. Prescripción (reglas generales, plazos, prescripciones presuntivas, cómputo de plazos, suspensión de la prescripción, interrupción de la misma). II. Caducidad. III. Derecho transitorio. Se conceptúa la caducidad diciendo que "cuando de la ley respectiva se derivare claramente que un derecho debe ser ejercitado dentro de cierto plazo bajo pena, no de prescripción, sino de caducidad, no son aplicables las reglas legales sobre suspensión e interrupción de la prescripción, a menos que lo contrario resulte de la misma ley".

RUI DE ALARCAO: *Simulação. Anteproyecto para o novo Código civil*, BMI, número 84, marzo 1959; págs. 305-328.

Cuatro aspectos trata el autor en su anteproyecto articulado sobre la simulación, para la reforma del Código civil portugués: Influencia de la simulación.

sobre la validez del negocio (nulidad en la absoluta, validez en la relativa), personas que pueden hacer valer la simulación (los propios simuladores, los sucesores en ciertos casos), inoponibilidad de la simulación a terceros de buena fe (distinción de supuestos, existencia de mala fe), conflictos de intereses entre terceros (terceros interesados en la nulidad y terceros a los que no es oponible la simulación). Comentario a continuación de cada uno de los cuatro artículos, en los que se plasma el tratamiento de la materia indicada.

RUI DE ALARCAO: *Interpretação e integração dos negócios jurídicos. Anteprojecto para o novo Código civil*, BMI, núm. 84, marzo 1959; págs. 329-345.

Las reglas rígidas en materia de interpretación de negocios jurídicos no son posibles. Sólo caben unas orientaciones presididas por el comedimiento y la prudencia. En el articulado que se ofrece se mantiene ese criterio, si bien tratando de mejorar las disposiciones del Código vigente y las del alemán, en las que se ha inspirado el autor. Referencia al tipo negocial decisivo para la interpretación, a las circunstancias atendibles en la misma, a los criterios a adoptar cuando la interpretación lleve a un resultado dudoso (favorecimiento de la eficacia más que de la no eficacia). Hay después unas reglas sobre la interpretación de los negocios formales y sobre la integración de los negocios de acuerdo con la presumible voluntad de las partes. Como complemento, referencia a la interpretación del testamento. El estudio es para la reforma del Código civil portugués.

RUI DE ALARCAO: *Do negócio jurídico. Anteprojecto para o novo Código civil*, BMI, núm. 105, abril, 1961; págs. 249-279.

Publicadas anteriormente por el autor, también con destino a la proyectada reforma del Código civil portugués, colaboraciones articuladas sobre aspectos concretos del negocio jurídico en general (cfr. BMI, núms. 84, 86, 89, 102), reúne ahora y ordena en un articulado conjunto los distintos estudios parciales indicados, introduciendo algunas reformas en los mismos. En tres capítulos se sistematiza el negocio jurídico, en su significado general: I, Declaración negocial (disposiciones preliminares, forma, interpretación e integración, vicios de la declaración y de la voluntad, representación, condición). II, Capacidad y objeto negocial. III, Invalidez negocial.

WEIMAR, Wilhelm: *Haftpflichtansprüche des Kindes im Mutterleib?*, MDR, año 16, núm. 10, octubre 1962; págs. 780-781.

Los daños causados al hijo, mientras está todavía en el vientre de la madre, suscitan la cuestión de si a dicho hijo le corresponden ya pretensiones de indemnización, aun antes del nacimiento. Consideraciones teológicas, médicas y jurídicas respecto al momento de surgir el hombre como tal. No obstante el principio general contenido en el § 1 del BGB (la capacidad jurídica empieza con el

nacimiento), numerosas disposiciones concretas, que se indican, prescinden de él. Concesión de pretensiones de indemnización al embrión por la jurisprudencia en casos de responsabilidad por acto ilícito, aun naciendo después con deformidades, ya que el Derecho alemán no considera la forma humana presupuestado de la obtención de la naturaleza de hombre. Posibles casos de responsabilidad contractual frente al concebido. Estas orientaciones están de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn.

3. Derecho de cosas.

Código: *Código civil. Livro III. Direito das Coisas*, BMI, núm. 124, marzo 1963: págs. 5-143.

Texto articulado del Anteproyecto de Código civil portugués, Libro III, referente al Derecho de Cosas. Comprende dicho Libro III del artículo 1.230 al artículo 1.567. Seis títulos integran su contenido y, respectivamente, ofrecen la reglamentación de la posesión, del derecho de propiedad, de los derechos de usufructo, uso y habitación, de la enfeiteusis, del derecho de superficie, y de las servidumbres prediales.

DE CÁMARA PINTO COELHO, Luis: *Da comunhao de propiedade e da comunhao de outros direitos reais*, BMI, núm. 103, febrero 1961: págs. 155-282.

Publicado en el número 102 de BMI el articulado escueto de la materia relativa a la comunidad de derechos reales (cir. págs. 181 y sigs.), como Anteproyecto para la reforma del Código civil portugués, hace ahora el autor la exégesis y explicación motivada del articulado propuesto anteriormente, indicando sus fuentes y el porqué de las orientaciones que acepta o sugiere. Se ofrece como modelo la comunidad del derecho de propiedad, en su pleno y detallado desenvolvimiento, y en cuanto a las comunidades de otros derechos reales, se declaran aplicables las reglas del condominio en la medida que ello sea en cada caso posible y con las adaptaciones pertinentes.

FRITSCHÉ, Klaus M: *Das Verhältnis von Dereliktion und Vernichtungsabsicht*. MDR, año 16, núm. 9, septiembre 1962: págs. 714.

El hecho de que con frecuencia se arrojen en montones o depósitos de escombros o basuras cosas que se pretende queden destruidas (proyectos o esbozos de obras de arte, cartas, etc.) plantea la cuestión de determinar si dichas cosas pueden ser o no eficazmente ocupables por terceros. El problema de la relación entre la derrelación y el ánimo de destrucción de la cosa (distinto por completo del ánimo de abandono) lleva al autor a afirmar que las cosas indicadas no son ocupables antes de su destrucción. Su dueño, realmente, no las abandonó, sino que las arrojó o dejó en los lugares mencionados con ánimo de que su destrucción o desaparición se consumara.

GONCALVES PEREIRA, Manuel: *Expropriações por utilidade pública. Decreto número 43. 587, de 8 de abril de 1931*, BMI, núm. 109, octubre 1961: páginas 45-359.

Acompañado, como anexo, del Anteproyecto inicial y del Proyecto definitivo, elaborado a base del Proyecto del Gobierno y del de la Cámara Corporativa, nos hace el autor la exégesis del Reglamento portugués sobre expropiación forzosa de 8 de abril de 1961. Cuatro capítulos integran el indicado Reglamento: Expropiación por utilidad pública, Venta de terrenos expropiados para construcción, Reserva de bienes expropiados, Plusvalía.

PIRES DA LIMA, F. A.: *Direito de superficie. Anteproyecto para o futuro Código civil*, BMI, núm. 123, febrero 1963: págs. 217-224.

Mero articulado del título relativo al derecho de superficie para el Anteproyecto de reforma del Código civil portugués. Disposiciones generales, constitución del derecho de superficie, derechos y obligaciones de superficiario y propietario, extinción del derecho de superficie. Se considera la superficie como la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno, o de hacer en él plantaciones. En la construcción puede afectar a una parte del suelo no necesita para su implantación, con tal que dicha parte tenga utilidad para el uso del mismo edificio. La superficie no puede tener por objeto la construcción de obra en el subsuelo que no sea inherente a la obra superficiaria.

PIRES DE LIMA, F. A.: *Direito de Propiedad. Anteproyecto para o futuro Código civil*, BMI, núm. 123, febrero 1963: págs. 225-284.

Articulado del título relativo al derecho de propiedad, destinado a los trabajos de reforma del Código civil portugués. No se ofrece, como en otras ocasiones, exégesis de las disposiciones ni, entre las generales, definición del derecho de propiedad. Más bien una descripción en la que se determina que el propietario goza de un modo pleno y exclusivo de los derechos de uso, disfrute y disposición de las cosas que le pertenecen, dentro de los límites y con observancia de las restricciones impuestas por la ley. El contenido del título se distribuye en seis capítulos: propiedad en general, adquisición de la propiedad, propiedad sobre inmuebles, propiedad de las aguas, copropiedad (sin contenido, cfr. DE CAMARA PINTO COELHO, en esta sección), propiedad horizontal.

4. Obligaciones y contratos.

BÖHMER, Emil: *Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden?*, MDR, año 16, núm. 10, octubre 1962: págs. 778-780.

Cuando quien por acto ilícito causa un daño a otro, conforme a lo previsto en los §§ 832 y 826 del BGB, no es responsable por minoría, enajenación men-

tal, etc., puede quedar obligado a satisfacer al dañado una indemnización cuando la equidad lo exija. Es lo que dispone el § 829 del BGB. Teniendo en cuenta que, en la determinación de la responsabilidad y en la cuantía de la indemnización, la culpa concurrente del perjudicado puede dar lugar a una aminoración de la responsabilidad del dañador, se ha suscitado la cuestión siguiente: En el supuesto de que el perjudicado haya contribuido al daño pero sea irresponsable (menor, etc.), ¿deberá también proceder una reducción de la responsabilidad del dañador en base a la equidad por aplicación analógica del § 829 BGB al caso del § 254? En reciente sentencia del BGH de 10-IV-62 se ha entendido que sí, basándose en que el postulado del § 829 responde a un principio general que debe aplicarse a hipótesis semejantes o análogas a la que expresamente se prevé. El autor no comparte esta tesis, estimando que si el legislador hubiera querido la aplicación analógica del § 829 al caso concreto del § 254 lo hubiera dicho.

CÓDIGO CIVIL: *Livro II. Direito das Obrigações*, BMI, núm. 119, octubre 1962; páginas 27-219, núm. 120, noviembre 1962; págs. 19-168.

Texto articulado del Libro II del Anteproyecto de nuevo Código civil portugués, elaborado sobre los estudios y textos parciales que anteriormente ha ido publicando el BMI. Abarca del artículo 357 al 1.229. La sistemática de este Libro II, relativo al Derecho de Obligaciones, es la que sigue: Título I, De las obligaciones en general. Se divide en siete capítulos: Reglas preliminares, Fuentes de las obligaciones (contrato, negocio unilateral, títulos de crédito, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, responsabilidad civil), Modalidades de las obligaciones, Transmisión del crédito o de la deuda, Garantía de los derechos de crédito (aquí se incluyen los derechos reales de garantía), Cumplimiento y no cumplimiento, Otras causas de extinción. El Título II desenvuelve los contratos en especial, en catorce capítulos, empezando por la compraventa y terminando por la transacción.

EWALD: *Das neue österreichische Gesetz über das Abzahlungsgeschäft (Ratengesetz)* vom 15.11.1961, MDR, año, 16, núm. 12, diciembre 1962: páginas 941-943.

Publicada en la "Gaceta Legislativa" nr. 279 (öBGB1, nr. 279) ha sido promulgada en Austria una nueva Ley sobre negocios a plazos (Ratengesetz), de 15-XI-61, y que entra en vigor el 1-III-62. Su promulgación ha adolecido de sorprendente rapidez y ha venido a sustituir a la vieja Ley sobre la materia, de 27-IV-1896. De forma impresionante ha crecido el volumen de los negocios a plazo en Austria a partir de 1958. Vicisitudes de elaboración de la Ley, que claramente se inspira en la Ley belga y en el Proyecto suizo. Se ocupa de las compras financiadas, tratando de configurar dentro de una cierta unidad económica la relación concedente del crédito-vendedor. Para los negocios a plazos se señalan unos límites máximos y mínimos de valor (de 400 a 50.000 S.). El vendedor ha de dedicarse profesionalmente al comercio; exclusión de las ventas ocasionales del ámbito de la Ley. Exigencia de una cantidad al contado y esta-

blecimiento de plazos máximos. Se considera pilar básico de la Ley la reglamentación equitativa del derecho de resolución del comprador. Prohibición de la exclusión de la responsabilidad por vicios, alargamiento de plazos. Documentación de las ventas financiadas y de las ventas sin financiar y elenco de pactos prohibidos en los negocios a plazos.

FERRER CORREIA; LOBO XAVIER, V. G.: *Do contrato de sociedade*, BMI, número 104, marzo 1961: págs. 5-24.

Propuesta de anteproyecto de articulado para la reforma del Código civil portugués, relativa al contrato de sociedad, considerado por los autores como aquel por el cual dos o más personas se obligan a contribuir con bienes o servicios al ejercicio en común de una actividad económica, que no sea de mero goce, con el fin de repartir los lucros resultantes de esa actividad. El articulado se sistematiza de esta manera: Sección I, Disposiciones generales, Sección II, Relaciones entre los socios, Sección III, Relaciones con terceros, Sección IV, Dissolución, dividida en dos Subsecciones, destinada la primera a la disolución de la sociedad y a la disolución limitada a un socio la segunda. Una última Sección, la V, trata de la liquidación subsiguiente a la disolución. Son, en total, 42 artículos.

FIGERT, Horst: *Der Schadensersatzanspruch bei Verletzung der nichtberufstätigen Ehefrau*, MDR, año 16, núm. 8, agosto 1962: págs. 621-623.

Una mujer casada es atropellada, con culpa, por el automóvil de un tercero, sufriendo la rotura de un brazo, que durante un cierto tiempo le impide llevar el hogar doméstico. El marido contrata una asistenta para que haga las tareas que desempeñaba la mujer. Los cónyuges se dirigen al dueño del vehículo, dada la insolvencia del conductor, para que indemnice los gastos de la asistenta. Se escuda en el § 831, I, 2, BGB, con lo cual es además inaplicable el § 845 (pago de una renta en dinero a los que tenían derecho a exigir una prestación de servicios del lesionado). No se estima éste al caso del marido con respecto a la mujer. Su llevanza del hogar no es una "prestación de servicios", en sentido legal. En base a lo dicho, la jurisprudencia suele unánimemente rechazar en el caso descrito la pretensión de indemnización de los gastos de la asistenta, alegando que la mujer no tiene pretensión, puesto que la paga el marido, a la vez que éste carece, asimismo, de pretensión. Referencia a los nuevos §§ 1.356 y 1.360 del BGB. La solución no es conforme a la equidad, aunque, dados los textos legales, no se aprecia otra más satisfactoria.

FRANK, Jürgen: *Ist die Bestimmung über den Parteiverrat (§ 356 StGB) ein Schutzgesetz im Sinne des 823 Abs. 2 BGB?*, MDR, año 16, núm. 12, diciembre 1962: págs. 945-947.

El párrafo 2º del § 823 del BGB impone una obligación de indemnización de daños a aquellos que atentan contra una ley destinada a la protección de otra

persona. Se trata de la violación de disposiciones que la doctrina alemana conoce como "leyes de protección". ¿Lo es la disposición penal que sanciona la prevaricación del abogado en el § 356 del Código penal alemán? Para que exista una "ley de protección" en el sentido del § 823, párrafo 2.º, ha de tratarse de disposiciones que protegen al individuo en sus derechos individuales y de una manera directa. No lo son aquellas que tienden a la organización de intereses generales y dictadas para la generalidad, aunque de ellas pueda derivarmediatamente una protección al individuo. Tras la distinción anterior se estudia la naturaleza de la disposición penal sobre prevaricación, entendiéndose no es una ley de protección, a los efectos que determina el § 823, párrafo 2.º del BGB.

GLASER, Hugo: *Abstellen von Kraftfahrzeugen auf dem Hof des Miethauses*. MDR, año 16, núm. 7, julio 1962: págs. 521-522.

¿Puede el arrendatario de una vivienda, en su solo concepto de tal, estacionar de manera permanente en el patio de la misma su automóvil? En principio, y salvo el supuesto de que el arrendatario sea el único inquilino por tratarse de una casa con una sola vivienda, la pregunta es contestada por el autor en sentido negativo. En los demás casos el estacionamiento ("aparcamiento") de vehículos en el patio de la casa arrendada excede del que debe considerarse uso normal y habitual de dicho patio. El estacionamiento indicado sólo puede disfrutarse en virtud de una concesión expresa del arrendador. No existe obligación en éste de otorgar dicha concesión, y el no hacerlo no supone abuso del derecho por su parte, en el sentido del § 226 del BGB. Estacionamiento en virtud de tácita tolerancia: problemática.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigacão de indemnizaçao (Colocacão. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensao do dever de indemnizar. Espécies de indemnizaçao) Direito de abstênciao e de remoçao*. BMI, núm. 84, marzo 1959: págs. 5-301.

En vez del sistema que adopta el Código civil portugués vigente, ocupándose del deber de indemnización en dos lugares distintos (al tratar de la responsabilidad contractual y de la extracontractual), considera el autor preferible estudiar el deber de indemnizar como tal de una forma unitaria. La obligación de indemnización en su significado de tal, y al margen de sus fuentes, es una especie o modalidad de obligación como puede serlo la obligación genérica o la alternativa, en virtud de la prestación específica que constituye su contenido. Se adopta, pues, el sistema de los derechos alemán y griego y se estudia de una forma unitaria la obligación de indemnización que, sea cualquiera su fuente, presenta unos caracteres independientes que así lo exigen. Fuentes, concepto y especies de daño. Nexo causal. Extensión del deber de indemnizar y especies de indemnización. Como medidas preventivas del daño se altitude a la acción de omisión y a la acción para la remoción de una situación dañosa duradera. Después del amplio tratamiento doctrinal sigue el articulado, destinado al Anteproyecto de reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Causas justificativas do facto danoso*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 13-113.

Circunstancias justificativas del hecho dañoso en el ámbito del Derecho civil, considerando como tales el autor el estado de necesidad, la legítima defensa, la acción directa, la autorización legal para actuar y el consentimiento del lesionado. Articulado precedido de amplio estudio doctrinal sobre la materia, con destino a la reforma del Código civil portugués. Minucioso tratamiento y rica exégesis en la consideración de la problemática.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade contractual e responsabilidade extracontractual*, BMI, núm. 85, abril 1959; págs. 115-241.

Examen crítico de las diferencias de régimen jurídico entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. De dichas diferencias derivan fundamentalmente cuatro problemas: el del concurso de responsabilidades, el de la opción entre ambas responsabilidades, el de la acumulación y el de su aplicación sucesiva. Examen de estos problemas en los Derechos francés, italiano, alemán y portugués. Articulando la materia relativa al concurso de responsabilidades, se entiende que el perjudicado puede escoger entre las reglas de una y de otra, o parte de unas y parte de otras. Excepciones. Satisfacción por una vía y exclusión de la otra. Funcionamiento independiente de los dos créditos. La prescripción funciona también independientemente, cada crédito con sus plazos, excepto si la razón de ser de la ley impusiera la extensión a ambos de uno de los plazos de prescripción en la misma establecidos. El estudio se destina a la reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 243-343.

El ejercicio de un derecho es una causa de exclusión de antijuridicidad en materia de responsabilidad civil. ¿Lo será también el abuso del derecho o, por el contrario, ese abuso deberá considerarse como un caso de actuación sin derecho, dando lugar a responsabilidad civil como en los supuestos de falta de derecho? Estudio de la cuestión seguido de articulado, para la reforma del Código civil portugués. Con postulado general se establece que aquel que, intencionadamente, aunque pretextando el ejercicio de un derecho especial, causa daños a otro por hechos manifiestamente contrarios a la conciencia jurídica dominante en la colectividad social, está obligado a reparar dichos daños. Desenvolvimiento. Excepciones. Aplicaciones concretas. Actos *clamorosamente* ofensivos a la conciencia jurídica dominante, o contrarios al fin del derecho que se "ejerza". Pretensión jurídica u oposición infundadas. Supuestos de acusaciones, testimonios o manifestaciones inexactas. Indemnización en caso de consejos, recomendaciones, informaciones o publicaciones. Adquisición o ejercicio de un derecho en contra de la buena fe.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade de terceiros no não cumprimento de obrigações*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 345-370.

¿Cabe que el acreedor exija responsabilidad a terceros por no cumplimiento de la obligación por el deudor? A no vende a B la finca que le prometió porque se la vende a C. ¿Puede A dirigirse contra C? Predomina la respuesta negativa a la cuestión planteada. Se estudia doctrinalmente el problema y, con destino a la reforma del Código civil portugués, se ofrece el correspondiente anteproyecto de articulado. El tercero por cuyo hecho no son satisfechos los derechos de crédito no incurre en responsabilidad para con los respectivos acreedores, salvo en el caso de abuso del derecho. Esto no perjudica al derecho que eventualmente tenga el acreedor contra el tercero, resultante de las reglas de enriquecimiento sin causa, de gestión imprópria de negocios, negocio existente entre ellos o de otra fuente.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade pelos danos causados por causas ou actividades*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 361-380.

Responsabilidad del tenedor de cosas, muebles o inmuebles, para sí o para otro, y que tuviere el deber o la posibilidad de adoptar las cautelas convenientes, por los daños causados por dichas cosas. Exoneración mediante prueba de no culpa. Relación contractual entre el perjudicado y el guardador de la cosa. Daños por actividades humanas de las que la cosa era un mero instrumento. Daños derivados de actividades o de cosas peligrosas: responsabilidad salvo prueba de adopción de medidas oportunas en evitación del resultado dañoso. Estudio doctrinal y resumen articulado, para la reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade de pessoas abrigadas a vigilância*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 381-444.

Estudio doctrinal sobre la responsabilidad de las personas que, por ley o contrato, están obligadas a la vigilancia de otras, por los daños causados por sus vigilados. Padres, maestros, preceptores, etc. Supuestos de existencia o inexistencia de derecho de regreso contra el autor inmediato del daño. Responsabilidad solidaria. Existe una disposición específica sobre la responsabilidad de los fondistas por los daños causados a los huéspedes por personas recibidas en la fonda sin observancia de los reglamentos. Sigue el articulado para la reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMI, núm. 85, abril 1959: págs. 446-519.

Responsabilidad civil del Estado y de sus órganos o agentes ante terceros. Si el órgano o agente del Estado u otra Corporación de Derecho público viola, en el ejercicio de una función pública, dolosamente o con culpa lata, un deber oficial hacia terceros, es civilmente responsable; el Estado o la corporación de

que se trate responden solidariamente con él. No dándose esas circunstancias, responde sólo el Estado o corporación, que luego repiten. Exclusión de responsabilidad si el perjudicado no utiliza en tiempo los recursos de que disponía. Responsabilidad de los jueces queda sometida a reglas especiales. Los actos realizados fuera de la función engendran en el órgano o agente una responsabilidad como la del simple ciudadano. Deficiencias de empresas administrativas. Responsabilidad por actos lícitos, en el supuesto de desigual reparto de cargas públicas. Estudio doctrinal y propuesta de articulado para el Anteproyecto de nuevo Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Perfeição da declaração de vontade. Eficácia da emissão da declaração. Requisitos especiais da conclusão do contrato*, BMI, núm. 103, febrero 1961: págs. 5-153.

Estudio destinado al Anteproyecto de reforma del Código civil portugués. Se analiza primeramente, en el ámbito doctrinal, el problema de la perfección y de la eficacia de las declaraciones de voluntad como momentos en la génesis de las mismas. Se distingue entre declaraciones no receptivas y declaraciones receptivas a los efectos de su eficacia. Se examina a continuación el problema de las circunstancias específicas de la conclusión del contrato: tiempo de duración de la propuesta, recepción tardía de la aceptación, irrevocabilidad de la propuesta una vez recibida por el destinatario, muerte o incapacidad de propONENTE o destinatario, supuestos especiales en relación con la aceptación. Sigue un proyecto de articulado de la materia estudiada.

PIRES DA LIMA, Fernando Andrade: *Contrato de doação*, BMI, núm. 104, marzo 1961: págs. 25-37.

En 37 artículos ofrece el autor su anteproyecto de reglamentación de la donación como contribución para la reforma del Código civil portugués. Considera la donación como contrato por el que una persona, por espíritu de liberalidad, dispone gratuitamente de un derecho o asume alguna obligación, en beneficio del otro contratante y a costa de su patrimonio. No hay espíritu de liberalidad en la renuncia a derechos no adquiridos definitivamente, en la repudiación de la herencia o del legado y en los donativos conformes a los usos sociales. La aceptación ha de hacerse en vida del donante; si no, caduca la donación. Sistemática adoptada: Disposiciones generales, capacidad para hacer o recibir donaciones, revocación de las mismas (supuestos concretos: falta de aceptación, superveniente e ingratitud del donatario).

PLEYER, Klemens: *Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB*, ACP, tomo 161, núm. 6, noviembre 1932: págs. 500-515.

El § 1.004 del BGB se refiere a la "pretensión negatoria" (Abwehranspruch) diciendo que cuando la propiedad es perturbada en forma distinta de la sustrac-

ción o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la supresión de la perturbación: cuando se teman nuevas perturbaciones, una "cautio de non amplius turbando". Una gran mayoría de las perturbaciones que hoy se producen en la propiedad derivan del funcionamiento de las empresas. Dejando aparte los casos en que la perturbación derive de la naturaleza peligrosa de ciertas empresas, las perturbaciones se producen con frecuencia por conductas humanas de los colaboradores del empresario. Posibilidad o no de acciones contra éste para la supresión de la perturbación según el § 1.004 indicado. Significado del "perturbador" en el precepto. Distinción de hipótesis. Principio general: el empresario ha de responder por los actos de sus colaboradores llevados a cabo para la consecución del fin de la empresa, subsistiendo su responsabilidad aunque el empleado haga dolosamente lo contrario de lo que se le ha mandado, pero habiéndole dado ocasión para la perturbación su trabajo en la empresa.

ROGHI, Ricardo: *Criterio di determinazione delle indennità di fine rapporto in caso di retribuzione costituita da elementi in parte fissi e in parte variabili* (art. 2.121, comma 2.º, C. c.), RDDC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1962, parte 2.ª; págs. 527-536.

Al cesar la relación de trabajo en el supuesto de preaviso o de ancianidad, es discutido el sentido que debe darse al artículo 2.121, párrafo 2.º, del Código civil italiano, respecto a la forma de computar las indemnizaciones al trabajador que percibe retribuciones constituidas por elementos en parte fijos y en parte variables. Frente a la tesis que sostiene que sólo han de tomarse en cuenta, a efectos de cómputo, los elementos variables (para los que ha de estarse a la última retribución, según el artículo 2.120 del C. c.) la Corte de Casación, en sentencia de 19 de IV de 1962, entiende lo contrario: al hablar el artículo 2.121, 2.º, del cómputo de la indemnización sobre la media de los emolumentos del trabajador en los últimos tres años han de tomarse en cuenta lo mismo los elementos variables que los fijos: los emolumentos se forman con ambos. A juicio del autor la tesis jurisprudencial merece incondicionada aprobación.

SCHRAMM, Theodor: *Die Rechtsnatur der Handschenkung*, MDR, año 16, número 12, diciembre 1962; págs. 961-963.

La donación manual, lo mismo que la compra manual, pertenece al círculo de los llamados negocios manuales o al contado, en los que la voluntad de provocar un resultado jurídico se manifiesta precisamente en la realización de esa voluntad. En el BGB (§ 516) la donación se integra a base de dos elementos: enriquecimiento de una persona a través de una atribución patrimonial de otra y acuerdo sobre la gratuitad de la prestación. Este segundo elemento es el que más discusiones doctrinales suscita. La opinión dominante estima hoy que también en la donación manual existe como base un contrato al que, sin duda, le son aplicables las reglas de los §§ 145 y siguientes del BGB. Se discute si se trata de un contrato obligatorio. El autor estima que sí. A su juicio, en la donación manual, lo mismo que en la donación prometida, junto al negocio de ejecución existe un contrato obligatorio.

WENDT, Herbert: *Mängelrügen beim Abzahlungsgeschäft*, MDR, año 16, número 12, diciembre 1962; págs. 943-944.

El problema de los vicios de la cosa en los supuestos de compra a plazos financiada por un instituto de financiación es uno de los aspectos esenciales en que se manifiesta la pugna entre la teoría de la unidad (préstamo y compra son un negocio complejo unitario) y la teoría de la separación (son dos negocios independientes y los vicios de la cosa no pueden hacerse valer frente a la entidad financiadora). En Alemania se podía afirmar que la jurisprudencia partía de la teoría de la separación, haciendo, sin embargo, en interés y como protección al comprador en su condición de parte débil en el negocio, ciertas concesiones a la teoría de la unidad: aplicación de la Ley de negocios a plazos, posibilidad de hacer valer los vicios de la cosa frente al instituto de financiación, impugnabilidad del préstamo por engaño doloso del vendedor. Se busca como fundamento de esas concesiones el § 278 BGB (responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de quienes se vale para el cumplimiento), entendiéndose que el instituto de financiación se vale del vendedor. La sentencia del BGH de 5-IV-62 cambia las cosas y trata de fundamentar su decisión en el interés del comprador, propugnando la aplicación, de acuerdo con el interés de éste, de una u otra teoría y considerando que no cabe la división en dos negocios distintos de un acontecimiento que "en la vida se muestra como unitario". El hacer presupuesto de la posibilidad de alegar los vicios de la cosa la vinculación contractual vendedor-instituto puede llevar a contradicciones que el autor señala primero y critica después.

5. Derecho de familia.

BECKER, W.: *Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes*, MDR, año 16, número 8, agosto 1962; págs. 613-616.

De acuerdo con la tendencia general de los tiempos, que provoca un alza considerable en todas las pensiones de alimentos, en Alemania Occidental son continuas las acciones dirigidas a obtener un aumento en las cantidades que en concepto de alimentos reciben los hijos no matrimoniales. Entre los distintos "Ländern" se observa una gran e injustificada diversidad al respecto. El informe de la Oficina de la Juventud, previsto, aunque no con carácter preceptivo, por la Ley de 11-VIII-61 (Ley sobre protección a la juventud) tiene a lo sumo sólo el significado de un simple dictamen pericial. Ejemplos de la indicada diversidad. Necesitada de unificación de criterios entre los distintos Tribunales territoriales.

BÖHMER, Einil: *Wird der Schadenersatzanspruch eines Mündels wegen Verletzung der Aufsichtspflicht des Vormundschaftsrichters durch ein Verschulden des Vormunds gemindert?*, MDR, año 16, núm. 8, agosto 1962; página 632.

La culpa concurrente del perjudicado puede consistir tan sólo en la culposa omisión del apartamiento o aminoración del daño. Existe también en el su-

puesto de que esta conducta omisiva la lleve a cabo el representante legal (§§ 254, II, 278, BGB). El BGH en una sentencia de 31-III-60, entiende con acierto que el Fisco demandado por un pupilo, porque el juez tutelar había omitido su deber de vigilancia y el curador malversó sus fondos, no puede exonerarse o reducir su responsabilidad en base a las normas indicadas. Sólo limitadamente se aplica a la relación tutor o curador y pupilo la remisión del § 254, II, al § 278. Sólo en tanto el tutor o curador, en su conducta omisiva, actúen verdaderamente como representantes legales del pupilo.

BORTOLAZZI, Aldo: *Debiti reliqui in tema di matrimonio celebrato davanti il ministro di un culto ammesso nello Stato*. RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961: págs. 126-129.

Posición del ministro de un culto no católico en Italia a efectos de la celebración ante él de matrimonios. Aunque considerado en este sentido como funcionario público, no obtiene, con la aprobación gubernativa para autorizar un matrimonio, la condición de oficial del estado civil y, por tanto, a diferencia de lo que con éste ocurre, no puede considerarse incompetente para autorizar un matrimonio en distrito diverso de aquél en el que desempeña sus funciones. Tesis de la sentencia de 9 de diciembre de 1958, considerada por el autor como "rara expresión jurisprudencial" en materia matrimonial. Tribunal de Caltanissetta. Referencia a la Ley de 24 de junio de 1929, relativa a los ministros de cultos no católicos y al supuesto y condiciones de celebración del matrimonio ante los mismos.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *Regimes de bens no casamento. Anteproyecto para o novo Código civil*. BMI, núm. 122, enero 1963: págs. 205-222.

Dada su íntima conexión con la materia de que el autor trata, recoge antes el esbozo de articulado de PIRES DE LIMA sobre las "Relaciones personales entre los cónyuges" (BMI, núm. 56, págs. 5 y sigs.) y el suyo propio sobre "Capacidad patrimonial de los mismos" (BMI, núm. 69, págs. 353 y sigs.). A continuación se articula ya, para el Anteproyecto de nuevo Código Civil portugués, la materia referente al Régimen de bienes en el matrimonio: Disposiciones generales, convenciones antenuiciales, regímenes de comunidad. Como régimen legal de carácter supletorio se considera la "comunidad de adquisiciones". Antes de articularse el régimen de la misma hay unas disposiciones generales sobre los sistemas de comunidad.

BRASIELLO, Teucro: *Sulla costituzionalità, o non, dell'art. 559 C. p.*, RDMSP, Año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961: págs. 250-254.

No comparte el autor la tesis de la Corte Constitucional italiana (sentencia de 28 de noviembre de 1961) de que el artículo 559 del Código penal italiano no es una norma inconstitucional. A su juicio, tanto las normas penales como

las civiles (arts. 559 y 560 del Código penal, artículos 150 y 151 del Código civil) que colocan a la mujer en peor situación que al marido, en el caso de adulterio, deben reputarse inconstitucionales. Semejantes normas no se adaptan al principio de igualdad moral, jurídica y sexual de las personas, sancionado en el artículo 3 y en el 29 de la Constitución de la República italiana. Sobre la misma cuestión cf. en esta misma sección NUVOLONE, COLELLA Y GRASSI.

CAPPIZANO, Ezio: *L'errore sulle qualità dell'altro coniuge come causa di nullità del matrimonio*, RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960: páginas 627-551.

El artículo 122 del Código civil italiano considera el error como causa de anulación del matrimonio, precisando que el error sobre las cualidades del otro cónyuge no es causa de nulidad, sino cuando se resuelve en un error sobre la identidad de la persona. Esta fórmula (distinta de la del Código de 1865 que hablaba sin más de "errore sulla persona"), ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, respecto a lo que debe entenderse por "identidad" de la persona. Aunque el texto legal parece corresponder literalmente al "error qualitatis redundantis in errorum personae", del canon 1.083, el autor considera inaceptable para el matrimonio civil la interpretación restrictiva que, basada en la tradición canónica, se viene dando al artículo 122 del Código civil de 1942. Según esta tesis el error sobre la identidad equivale a error sobre la identidad física de la persona (tomar a una persona por otra), siendo irrelevante el error qualitatis, aunque se trate de cualidades esenciales. Tampoco se estima aceptable la tesis que interpreta con gran latitud el error sobre la identidad, admitiendo como causa de nulidad cualquier error sobre un dato de hecho que haya sido determinante del consentimiento. Posición intermedia en la interpretación del indicado artículo 122.

CARON, Pier Giovanni: *Natura della causa di nullità del matrimonio per impotenza secondo il Codice civile italiano*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961: págs. 104-113.

No estima el autor aceptable la tesis, sostenida por la Corte de Apelación de Nápoles (en sentencia de 2 de agosto de 1960), de que la "impotencia coeundi", en el sistema del Código italiano, sea una causa de mera anulabilidad y como tal sujeta a los efectos de la prescripción. Ciertamente que el sistema del Código, al respecto, no es muy claro. Pero la indicada no parece la tesis más correcta. Estima el comentarista de la sentencia que, a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1.865, en el actual la impotencia se toma en consideración en el significado de falta de un elemento necesario para la validez del matrimonio y no como una simple causa de mera anulabilidad del mismo.

CRILLO, Emanuele: *Rilevanza della volontà dei nubenti per la trascrizione del matrimonio canonico*, RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960: págs. 675-678.

Se ha sostenido en una sentencia de 20 de marzo de 1950 (Tribunal de Florencia) que la transcripción tardía del matrimonio canónico en la oficina del estado civil produce la coincidencia de los efectos civiles con los canónicos, siempre que las condiciones de la transcripción existieran en el momento en que debió realizarse (cinco días, art. 8 de la Ley Matrimonial de 27 de mayo de 1929). Existiendo estas condiciones (estado civil libre y no interdicción) la transcripción tardía debe practicarse al margen de la voluntad de los contrayentes e incluso contra ella. El autor no comparte esta posición entendiendo: 1.º) Que la Ley de 1929 no ha suprimido la posibilidad de matrimonios exclusivamente religiosos, y que, por tanto, cabe que un ciudadano católico contraiga matrimonio sin efectos civiles. 2.º) Que el oficial del estado civil, en el caso de transcripción tardía, no puede ignorar la voluntad de los contrayentes. 3.º) Que éstos, si habían convenido con el párroco la no transcripción, pueden dirigirse contra él si da lugar a que el matrimonio se transcriba. Estima el autor fundamento de su postura el hecho de que el no aceptarla supondría una desigualdad de los ciudadanos católicos frente a los no católicos (que pueden contraer sus matrimonios exclusivamente "religiosos").

COGETTI, Carlo: *Fattore religioso e affidamento della prole*, RDMSP, año IV, número 2-4, abril-diciembre 1961: págs. 394-400.

En sentencia de 22 de julio de 1960 el Tribunal de Oristano ha entendido que, pronunciándose separación personal por culpa de ambos cónyuges, la prole debe quedar confiada a aquél de los padres que ofrezca las necesarias garantías para la educación religiosa de los hijos; en el supuesto concreto se prefirió el padre a la madre, ya que ésta había cambiado varias veces de religión, mientras que el padre se mantuvo en todo momento fiel a la católica. La sentencia se considera exacta en la decisión, aunque no del todo en la motivación que utiliza. La Constitución italiana no es compatible con la preferencia que el fallo muestra hacia la religión católica. Al juicio del autor la sentencia se justifica por la inconsistencia de la conducta de la madre (primero católica, después ortodoxa y luego de nuevo católica). Referencia a los artículos 30 de la Constitución y 316 del Código civil.

COLELLA, Pasquale: *Impedimentum ligaminis e trascrizione di matrimonio canonico*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961: págs. 114-125.

Partiendo de las afirmaciones de una sentencia del Tribunal de Génova, de 3 de junio de 1960, que en general se consideran exactas, hace el autor unas consideraciones sobre naturaleza de la transcripción del matrimonio canónico (formalidad necesaria a cuyo cumplimiento subordina la Ley la producción de efectos jurídicos del matrimonio canónico), sobre la posibilidad de impug-

nación de la transcripción ante el juez civil, sobre la nulidad de la transcripción de un matrimonio nulo a consecuencia de impedimento de ligamen y, finalmente, sobre la eventual prescriptibilidad de la acción misma.

COLELLA, Pasquale: *In tema di inconstituzionalità del reato di adulterio*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961: págs. 382-389.

El autor se muestra de acuerdo con la tesis de la Corte constitucional italiana (sentencia de 28 de noviembre de 1961), que no considera inconstitucional el distinto tratamiento penal del adulterio, según sea del marido o de la mujer. Semejante orientación (arts. 559 y 560 del Código penal italiano) no viola en modo alguno el postulado de igualdad de los sexos sancionado en los artículos 3 y 29 de la Constitución. Sobre el mismo problema a que se refiere esta nota cfr. también en esta sección, BRASIELLO, NUVOLONE y GRASSI.

FAVERO, Gianantonio: *Note sul problema dell'ammisibilità dell'affiliazione dei propri figli adulterini da parte del genitore naturale*, RDMSP, año IV, número 2-4, abril-diciembre 1961: págs. 255-276.

Nada más promulgarse el Libro I del nuevo Código civil italiano y entrar en vigor el instituto de la afiliación, surgió inmediatamente la cuestión de si podían o no ser "afiliados" los propios hijos adulterinos. La solución afirmativa, sostenida por preclaros juristas, no obstante voces en contra, fue, asimismo, sostenida por la Suprema Corte italiana. Se sostiene todavía hoy por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Replanteamiento del problema por el autor, el cual, después de una meditada y documentada consideración del mismo, concluye que es perfectamente admisible la afiliación de los propios hijos adulterinos o incestuosos, en cuanto que las condiciones en que la Ley coloca a la prole irreconocible no son incompatibles con el "status" jurídico de afiliado, ni desde el punto de vista estructural ni funcional.

GOÇALVES PEREIRA, Manuel: *Regimes Convencionais. Anteprojecto para o novo Código civil*, BMI, núm. 122, enero 1963: págs. 228-372.

Ante la imposibilidad de continuar, BRAGA DA CRUZ (véase en esta sección) su anteproyecto de articulado, sobre los regímenes de bienes en el matrimonio, lo hace el autor. Empieza con una amplia exposición de motivos y a continuación da el articulado sobre: Renuncia a la comunidad, régimen de separación, régimen de participación en las adquisiciones (como situación distinta de la comunidad de adquisiciones), régimen dotal. Desenvolvimiento de los regímenes indicados, de una forma clara y concisa. Articulado breve.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte: *O Direito de Família no futuro Código civil*, BMI, núm. 123, febrero 1963; págs. 285-321.

Capítulo relativo a los efectos de la filiación, destinado al anteproyecto de reforma del Código civil portugués. Efectos de la filiación en general, condición jurídica de los hijos, patria potestad. Dentro de esta tercera sección, relativa a la patria potestad, se distingue el poder de los padres en cuanto a los hijos legítimos y en cuanto a los ilegítimos (ilegítimos simples y espurios). Después siguen disposiciones sobre inhibición (privación) y suspensión de la patria potestad y referentes a registro de decisiones judiciales en relación con la patria potestad.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte; PESSOA JORGE, Fernando: *O Direito de Família no futuro Código civil. Quinta Parte. Anteproyecto*, BMI, número 124, marzo 1963; págs. 251-285.

Se ofrecen dos secciones para el anteproyecto de Código civil portugués, en la parte relativa al Derecho de Familia. La primera se destina a los medios de suplir la patria potestad, considerándose tales: 1) La tutela, para los menores no emancipados cuyos padres hayan muerto, se hallen privados o suspensos de la patria potestad o impedidos de hecho de ejercerla o cuando se trate de hijos de padres desconocidos. 2) La administración de bienes, para los menores no emancipados cuyos padres o tutor hayan sido privados, suspensos o removidos de la administración de bienes del menor o cuando la entidad competente para designar tutor considerase ventajoso para el menor confiarle sólo la regencia de la persona. 3) Como medidas coadyuvantes, ciertas medidas de carácter educativo. La segunda sección es la referente a la mayoría de edad y a la emancipación.

GRASSI, Lucio: *Parità morale e giuridica tra i coniugi e adulterio*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 292-302.

Consideraciones en torno a la sentencia de la Corte constitucional italiana de 28 de noviembre de 1961, que no considera inconstitucional el distinto tratamiento de adulterio según sea del marido o de la mujer. Cfr. sobre lo mismo en esta Sección BRASIELLO, COLELLA, NUVOLONE. El fallo, de iure condito, aborda el problema con tacto y prudencia extraordinaria. El autor, sin embargo, se muestra contrario a toda discriminación en materia de adulterio, basado en que la esencia del matrimonio radica en la exclusividad sexual recíproca de los cónyuges, y en que se impone una concepción amplia del adulterio en la que no sólo entra la *cohabitatio perfecta*, sino también los *actus imperfecti* (de los que no cabe pensar mayores consecuencias en la mujer que en el marido).

KAYSER, P.: *L'obligation alimentaire et ses sanctions civiles en Droit français*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 177-188.

Se trata de la Ponencia sostenida por el autor en las Terceras Jornadas jurídicas franco-italianas de Derecho Comparado, celebradas del 16 al 20 de mayo de 1961 en París y Aix en Provence. El Derecho francés ofrece una reglamentación raquíta de la obligación de alimentos. Los textos fundamentales son los artículos 205 a 211 del Código, situados, de forma inexacta, en el capítulo relativo a las obligaciones que nacen del matrimonio. Semejantes disposiciones constituyen, sin embargo, el soporte de todas las reglas que gobiernan la obligación de alimentos en el Derecho francés. El deber familiar tiene preeminencia frente a la ayuda social. ¿Cuál es su medida exacta y cuál su eficacia? Estas son las cuestiones con que el autor se enfrenta, afirmando: 1.º) El número de los obligados a alimentos tiende a aumentar, 2.º) La obligación de alimentos tiende igualmente a obtener una mayor eficacia.

LANDOLFI, Silvestro: *Prorrogabilità dell'obbligo al "mantenimento" dei figli?*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 277-291.

Comentando una sentencia de la Corte de Casación italiana de 30 de enero de 1961, en la que, en relación con una separación de los cónyuges, se establece la permanencia de la obligación de sustento con respecto a hijos mayores de edad, se estima incorrecto el enfoque desde el punto de vista rigurosamente civilístico. Con la mayoría de edad, al extinguirse la patria potestad, cesa el deber de sustento ex artículo 143 del Código Civil. En ciertos casos podrá surgir un deber de alimentos ex artículo 433, con significado y naturaleza distinta a la de aquél. Una obligación de carácter específica y netamente familiar se ha convertido en un deber con un carácter y un contenido más genéricamente social.

MIELE, Mario: *Matrimoni fra italiani all'estero*, RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960; págs. 527-534.

El autor sostiene en general la ineficacia en Italia de los matrimonios puramente confessionales celebrados en el extranjero entre sujetos italianos. Reconoce dos excepciones: el matrimonio israelita y el matrimonio vaticano. En contra de la crítica que le hace BISCOTTINI, que entiende quebrar con las excepciones su teoría, defiende el autor su postura basándose en que los dos matrimonios indicados tienen un carácter mixto: son a la vez confessionales y civiles. Su eficacia en Italia deriva del artículo 50 de la Ley sobre estado civil, que reconoce los matrimonios civiles en el extranjero entre italianos; no los matrimonios confessionales.

NUVOLONE, Pietro: *Parità giuridica o diritto all'adulterio?*, RDMSP, año IV, número 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 378-382.

La sentencia de la Corte Constitucional italiana de 28 de noviembre de 1928 ha declarado que no debe reputarse inconstitucional el distinto tratamiento penal del adulterio del marido o de la mujer: el adulterio de la mujer se castiga siem-

pre: el del marido sólo si hay concubinato (arts. 559 y 560 del Código penal). El autor, de acuerdo con la tesis de la sentencia, no estima que los preceptos indicados sean contrarios a los artículos 3 y 29 de la Constitución. Igualdad de derechos e igualdad de deberes no significa que necesariamente haya de existir un idéntico tratamiento penal del adulterio para el marido y la mujer. La tutela penal, de carácter eminentemente público, se basa en una graduación de bienes e intereses jurídicos que no tiene por qué coincidir con los derechos subjetivos privados. Cfr. también, en esta Sección, BRASIELLO, COLELLA y GRASI.

ONDEI, Emilio: *La separazione dei coniugi*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961: págs. 30-43.

La separación de los cónyuges está regulada en Italia, en el Código de 1942 (arts. 149 y siguientes), siguiendo en lo esencial el sistema que adoptaba el Código de 1865. Los legisladores de 1942 no quisieron sino proceder con acusada cautela en este campo, huyendo deliberadamente de innovaciones en el mismo. Se mantienen las causas de separación y se mantiene asimismo la distinta valoración del adulterio según lo sea del marido o de la mujer (art. 151), como práctica considerada tradicional en Italia. Tomando por base *un* trabajo de Olga AGEZZOLI y Flavia CORSELLI sobre el problema de la separación (cfr. RDMSP, 1960, núm. 2-3), entiende el autor que todas las discusiones en torno a la discriminación entre marido y mujer en materia de adulterio, como causa de separación, podrían cesar o atenuarse tan pronto como se introdujese una separación aun sin culpa, revigorizando en tal caso los deberes de asistencia económica recíproca entre los cónyuges y los de asistencia moral a la prole y modificando unos y otros, a favor o en daño de los cónyuges, sólo en el caso de culpas particularmente graves y cualificadas, iguales para ambos. Necesidad de coincidencia, en caso de separación, entre la patria potestad y el cuidado de los hijos por uno o por otro de los cónyuges. El proceso de separación matrimonial. Finalmente se ofrece un esbozo de articulado sobre la separación, en el que el autor plasma su posición en torno al instituto.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigação de alimentos*, BMI, núm. 108, julio 1961: págs. 19-194.

Considerada la obligación de alimentos en su aspecto concreto de efecto resultante de las relaciones familiares, y excluida la que deriva de negocio jurídico (contrato o testamento) o de responsabilidad civil, se hace en primer lugar el estudio teórico y doctrinal de dicha obligación y a continuación se articulan las conclusiones a que se llega. Se destina este estudio a la reforma del Código civil portugués. Como sujetos de la obligación alimenticia se consideran los cónyuges, ascendientes y descendientes, adoptante y adoptado, filiación ilegítima, hermanos y otros colaterales. Referencia específica al donatario. Supuestos de pluralidad de obligados o titulares, medida, necesidad y posibilidad de la prestación. Exclusión y pérdida del derecho a los alimentos. Momento de nacimiento de la obligación; modo de efectuarse la prestación. Después de una disposición sobre los alimentos provisionales, hay también disposiciones sobre la cesación, reduc-

ción y aumento de la obligación, sobre su extinción por muerte y sobre su intangibilidad.

PALMIERI, Luigi: *Se l'assenso del genitore all'affiliazione è vincolante per giudice tutelare*, RDMSP, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960; páginas 610-618.

La figura de la "affiliazione" se introduce en el Código civil italiano (artículos 400 y siguientes) con el fin de no alterar el significado de la adopción. Tiende a remediar una situación de abandono actual (o potencial) de los menores, sin crear sino un "status" muy especial de "afiliación". Por su mismo significado se comprende fácilmente que la Ley no haya aludido como presupuesto de dicha afiliación al asentimiento del progenitor o progenitores del menor que va ser afiliado. Ello supone, a juicio del autor, que al constituir el juez tutelar el vínculo de afiliación pueda por completo prescindir del asentimiento u oposición del progenitor. De hecho la afiliación viene a privar a éste de las funciones inherentes a la patria potestad.

PESSOA JORGE, Fernando: *Doações para casamento. Doações entre casados (Anteprojecto de dos capítulos do futuro Código Civil)*, BMI, núm. 124, marzo 1963; págs. 287-344.

Como donaciones "para el matrimonio" se consideran las hechas a uno o a ambos esposos en consideración de su matrimonio, y pueden ser hechas por un esposo al otro, por los dos recíprocamente o por un tercero a uno o a ambos esposos. Donaciones entre casados son en cambio las que, en el matrimonio, hace un cónyuge al otro. Son inválidas las donaciones entre casados que se hallen sujetos a algún régimen de bienes imperativo, en los términos legales. Desarrollo articulado de ambas especies de donación, precedido de amplia exposición de motivos.

PETRENI, Alberto: *In tema di condizioni della separazione consensuale omologata*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 94-103.

La sentencia de la Corte de casación italiana de 13-IV-60 insiste en la indeborgabilidad de los derechos y deberes de naturaleza patrimonial que nacen "opere legis" del matrimonio, reconociendo, sin embargo, validez a renuncias convencionales en orden a aquellos derechos y deberes siempre que se circunscriban a los límites de su ejercicio; y quedando siempre a salvo para la parte interesada la posibilidad de revocar la renuncia con efectos ex nunc. Partiendo de que las obligaciones en cuestión se desdoblán fundamentalmente en alimentos y en sostentamiento (arts. 145 y sigs., art. 156 del Código civil) se comenta la doctrina del fallo, referida a un supuesto de separación personal consensual y se alude al significado de la homologación judicial de la misma (art. 158). En ningún caso pueden devendir válidos y eficaces con la homologación pactos que en sí y "ex lege" no lo son.

SCHWARZENBERG, Claudio: *La nozione de ingiurie gravi quale causa di separazione dei coniugi*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 53-82.

El art. 151 del C. c. italiano considera como una de las causas de separación personal las injurias graves. No parece procedente aprovechar para este aspecto civil el significado que a la injuria atribuye el art. 594 del Código penal italiano, cuando dice que se debe entender por injuria la ofensa al honor o al decoro de una persona presente. El radio de acción de ambas normas es por completo diferente. La disposición penal tiende a defender en el ámbito social aquel particular bien que está constituido por el honor o el decoro de las personas, mientras que la norma privada se propone salvaguardar, en la pequeña célula de la sociedad conyugal, un bien más íntimo y menos fácilmente determinable que parece poderse identificar con la *affectio coniugalis*. La primera norma, pues, puede adoptar una noción de injuria del todo extrínseca y genérica en todo caso, por ponerse en relación con el bien protegido (honor-decoro). La segunda, por el contrario, debe dar al concepto de injuria una aceplatación más e incluir en ella no sólo todo aquello que sea incompatible con el respeto que todo ciudadano debe al honor o al decoro ajeno, sino también y específicamente todas las manifestaciones contrarias a los vínculos de respeto, de afecto o de amorosa asistencia que deben reinar entre los cónyuges en su condición de tales. Según esto, en la noción de injurias graves, prevista como causa de separación en el art. 151 del Código civil, se comprende una infinita gama de actos ofensivos, que es absolutamente imposible tipificar y que sólo tienen de común la falta de afecto y comprensión de un cónyuge hacia el otro: puede tratarse de acciones u omisiones, expresiones o comportamientos, injurias directas o indirectas, violaciones de deberes positivos o negativos, contagio de enfermedades graves; incluso el silencio tocultando, por ejemplo, la no virginidad).

SIMON, Jacques: *Les obligations familiales alimentaires et leurs sanctions penales*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1961; págs. 189-219.

Ponencia sostenida en las Terceras Jornadas jurídicas franco-italianas, celebradas en París y Aix en Provence, del 16 al 20 de mayo de 1961. Aspectos penales de la obligación de alimentos en el Derecho francés. El enorme movimiento de solidaridad humana y social surgido después de la Guerra Mundial no supone en modo alguno que pierda importancia la solidaridad individual entre los miembros del grupo familiar. En el ámbito penal el legislador ha llevado su esfuerzo a organizar progresivamente un sistema represivo destinado a sancionar las infracciones y atentados al deber de asistencia que existe entre los miembros del grupo familiar. Se hace referencia, en primer lugar, a las etapas legislativas que han dotado al Derecho francés de medios sancionadores de la inobservancia de la obligación de alimentos. Después se analizan los delitos específicos así creados (abandono de familia). Por último, se consideran los aspectos criminológicos de este tipo de infracciones.

TEDESCHI, Guido: *Note di Diritto matrimoniale israeliano (in margine a una polemica altrui)*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 3-11.

Con motivo de la polémica entre MIELE y BISCOTTINI, en relación con el matrimonio de italianos en el extranjero (cfr. MIELE en esta Sección) ofrece el autor algunas observaciones sobre el sistema matrimonial israelita, considerado en sí mismo y sin entrar en la cuestión de sus relaciones con el Derecho italiano. Matrimonios entre hebreos israelitas y entre hebreos no israelitas en Israel; improcedencia de la forma consular para estos últimos casos. Todos, de acuerdo con la Ley de 1953, deben contraerse según el Derecho de la "Torá" (Derecho religioso hebreo). Improcedencia de matrimonios mixtos entre hebreos y no hebreos, según las normas de dicha "Torá". Posición de la Legislación de Israel en torno al reconocimiento de matrimonios religiosos (musulmanes, cristianos). Siguiendo la orientación vigente en el Derecho del Imperio otomano (el que en suma regía en Palestina antes de la formación del Estado de Israel) se reconoce validez a esos matrimonios religiosos. Atenuaciones al sistema durante el Mandato británico y con posterioridad. El Proyecto de Código de Familia, publicado por el Ministerio de Justicia de Israel en 1955, se abstiene deliberadamente de introducir innovaciones sustanciales en materia matrimonial.

WEIMAR, Wilhelm: *Die Eigentumsverhältnisse bei den von Ehegatten angeschafften Sachen und bei Verlobungsgeschenken*, MDR, año 16, núm. 7, julio 1962; págs. 525-526.

En el régimen legal de bienes instaurado en el BGB por la Ley de equiparación de 1957 (comunidad de ganancia) no surge un patrimonio común de los cónyuges. Cada uno conserva su propiedad exclusiva sobre su patrimonio o sobre el que adquiera en el futuro, originándose sólo una pretensión de nivelación de la "ganancia" (Zugewinn) al término de la comunidad; pretensión de carácter no real, sino obligatorio: ningún cónyuge tiene participación "real" (dingliche Beteiligung) en el patrimonio del otro. Al margen de las disposiciones indicadas, los cónyuges trabajan y adquieren cosas en común, tales como la vivienda, el coche, los muebles, etc.). Estas situaciones, en virtud de las normas del Derecho de Cosas, pueden configurarse como comunidades por cuotas, como propiedad de uno sólo con pretensión obligatoria interna a favor del otro, etc. El que el régimen de comunidad de ganancia no origine patrimonio común no impide que, al margen de su reglamentación jurídica, puedan surgir sobre la base de otras disposiciones las situaciones indicadas. Problemática de las mismas. Referencia a los regalos de esponsales.

WEIMAR, Wilhelm: *Bürgschaft und Schuldmitübernahme der Ehefrau*, MDR, año 16, núm. 9, septiembre 1962; págs. 696-697.

En el régimen legal de bienes de comunidad de ganancia (Ley de equiparación de sexos de 1957) los cónyuges no pueden, sin consentimiento del otro, obligarse a disponer de su patrimonio como un todo (§ 1.356 BGB, nuevo). Prestada por una mujer casada, sin consentimiento del marido, una fianza para una deuda

de éste o co-aseumida por ella la deuda se suscita el problema de si semejantes actos caen o no bajo la limitación del § 1.365 del BGB. Indicados los posibles aspectos del problema, se entiende por el autor que, dado que esos textos no tienen por finalidad directa obligar al patrimonio de la mujer como un todo, no caen bajo la norma del indicado § 1.365. La fianza y la co-aseumición son eficaces, aun sin el consentimiento del marido, en el supuesto descrito, a pesar de que esos actos afectaban, en cuanto a su cuantía económica, prácticamente todo el patrimonio de la mujer.

6. Derecho de sucesiones.

SARNIGHAUSEN, Hans-Conrad: *Zur Aufnahmepflicht der Baugenossenschaften gegenüber «Erben» ihrer Mietglieder*. MDR, año 16, núm. 9, septiembre 1962; págs. 697-700.

El problema de la heredabilidad o no de la cualidad de miembro de las asociaciones no suele plantearse debido a que normalmente está excluido de manera expresa dicha heredabilidad en los Estatutos. En las asociaciones y cooperativas de construcción y disfrute de viviendas la cuestión se agrava por la transcendencia del derecho a la vivienda que la cualidad de miembro de las mismas entraña. Posibles casos de existencia de un deber de la asociación de admitir como miembros a los herederos de miembros fallecidos. Circunstancias diversas en que el deber indicado puede tener apoyo, en su significado de excepción a la regla general.

WEIMAR, Wilhelm: *Für den juristischen Nachwuchs: Die Erbunwürdigkeit*. MDR, año 16, núm. 8, agosto 1962; págs. 633-634.

Rasgos esenciales de la indignidad para suceder tal como la configura, en su significado de pena civil, el Derecho alemán, el cual no conoce una indignidad de carácter general, sino una indignidad concretada y con relación a un causante determinado. En sentido genérico es indigno quien comete una falta grave contra el causante o atenta contra su libertad de testar. La reglamentación del BGB, cuyos aspectos básicos se describen con ejemplos, no se considera acertada en modo alguno. Puede en ocasiones provocar resultados inadecuados. Posición del causante y del indigno en particular.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

MANGINI, Vito: *La vendita sotto costo come atto di concorrenza sleale*. RDDC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1962, parte 1.º: págs. 470-483.

Estudio de los elementos integrantes del fenómeno de la venta bajo costo, como supuesto, en general, constitutivo de concurrencia desleal. Valoración doctrinal y jurisprudencial del problema: crítica. Hipótesis de venta bajo costo jus-

tificadas y admisibles. Circunstancias integradoras de la concurrencia. A falta en Italia de una Legislación antimonopolística que pudiera encuadrar los casos de venta a precios irracionalmente bajos como intentos de monopolio o práctica de cartel, los supuestos de venta bajo costo han de encuadrarse necesariamente en el marco de la concurrencia desleal.

WEIMAR, Wilhelms: *Für den juristischen Nachwuchs: Der Geschäftsubergang mit Firma*, MDR, año 16, núm. 12, diciembre 1962, págs. 960-961.

Aspectos concretos de la problemática, en el Derecho alemán, de la transmisión de un negocio mercantil en unión de la firma bajo la que en el tráfico funcionaba (§§ 22 y sigs. del HGB). Responsabilidad por las deudas del anterior titular, sin liberación de éste. Continuación de la firma, no obstante pequeñas adiciones o modificaciones en la misma. Pactos posibles añadidos a la transmisión y eficacia o no de los mismos frente a tercero. Posición de las partes en el supuesto concreto de concurso. No prosecución de la firma. Continuación por el heredero, etc. Todos o casi todos los problemas se centran y repercuten en la cuestión de la responsabilidad y en torno a la misma se manifiestan sus aspectos específicos.

2. Comerciantes y sociedades.

SANTINI, Gerardo: *Natura e vicende della quota di società a responsabilità limitata*, RDDC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1932; parte 1.ª, páginas 437-469.

La expresión "cuota" puede entenderse en sentido aritmético, económico y jurídico. Con referencia a las sociedades de responsabilidad limitada se habla en la legislación de la cuota como "quota di conferimento" y como "quota di partecipazione". Esta segunda acepción es la que introduce en el problema de la naturaleza jurídica de la cuota. No valen para la cuota de sociedad de r. l. las construcciones elaboradas en torno a las acciones de la sociedad por acciones. Estima el autor que la cuota de sociedades de responsabilidad limitada no es sino la titularidad de los derechos y obligaciones del socio sin más, de la misma forma que la transferencia, sucesión, comunidad, expropiación o prenda de la cuota no son otra cosa que la transferencia, cotitularidad, sucesión, expropiación o prenda de aquellos derechos y obligaciones. Estudio de esos fenómenos o viciétides referidos a la cuota, indicando su problemática concreta, y negando previamente que la cuota sea un bien, un objeto de derechos, un derecho de crédito o un derecho de participación "sui generis".

4. Obligaciones y contratos.

HELM, Johann Georg: *Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer*, ACP, tomo 161, número 6, noviembre 1962; págs. 516-543.

En gran medida el Derecho evoluciona hoy fuera del control legislativo, ya que los legisladores y los Códigos resultan desbordados por la rápida transforma-

ción de la vida social. En gran parte esta "progresión" del Derecho se basa en el carácter dispositivo de sus normas que permite una configuración de las relaciones jurídicas distintas de la legal. En este campo juegan papel destacado las condiciones generales de los contratos, en las cuales la intervención del legislador queda limitada a ciertos y muy concretos aspectos. Las condiciones no han llegado a ser Derecho objetivo, pero en su interpretación y aplicación están cerca de él. En materia de condiciones generales se enfrenta el autor con el problema de si las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de los empresarios deben abarcar también a la responsabilidad propia de los que trabajan para dichos empresarios. Posición del trabajador o empleado ante la responsabilidad contractual del empresario: queda cubierto por la exoneración de responsabilidad de éste. ¿Queda también en caso de responsabilidad delictual? La cuestión de si las cláusulas de liberación del empresario, derivadas de las condiciones generales contenidas en el formulario contractual, abarcan a las pretensiones de la otra parte contra el trabajador o empleado por casos de responsabilidad delictual de éste, ha sido abordada cuatro veces por la jurisprudencia del RGH. En un caso solución negativa; en otros tres, afirmativa. Estudio crítico del problema y de los supuestos examinados.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

DOMINEDO, Francesco M.: *Appunti sul contratto di costruzione nautica*, RDCC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1962, parte 1.º; págs. 415-437.

El negocio de construcción de buque o de aeronave se encuadra sistemáticamente en la categoría del contrato de "appalto", asumiendo las partes la condición de comitente y "appaltatore". El contrato tiende a la creación de una "res nova", de una "obra" final, con el riesgo a ello inherente (art. 1.655 C. c. italiano, arts. 241 y 856 del C. de la navegación). De la concepción indicada deriva la consecuencia de que la propiedad de la nave se adquiere de manera originaria por el comitente (diferencia con la especificación). Aspectos del principio: suministro de los materiales por el constructor, pacto de limitación del paso de la propiedad, consecuencias de la adquisición por el comitente. Forma y publicidad del contrato. Desenvolvimiento de la relación jurídica: responsabilidad por vicios de la obra, control de su realización, variaciones en la obra. Revisión y resolución en el caso de circunstancias sobrevenidas (aplicabilidad de los arts. 1.463 y siguientes del Código civil). Derecho de retención y resolución unilateral del comitente.

GONZÁLEZ PASTORIZA, R.: *Fletamento y sobordos*, Boletín de Información de la Cámara de Comercio de Vigo, junio 1963.

Este dictamen sostiene que el contrato de fletamento se ciñe a las características del arrendamiento, ya que el dueño cede el uso de la nave para transportar mercancías por precio cierto y por plazo fijo. Debido a estas características, la entidad propietaria o arrendataria cesa en el riesgo y ventura inherente a los negocios del mar. Es la arrendataria —fletadora, como se dice en el contrato— la que disfruta de la ventura y asume los riesgos. (J. B. C.)

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

CÓDIGO: *Actas da Comissao Revisora do... de Processo Civil*, BMI, núm. 115, abril 1962; págs. 5-195. Núm. 116, mayo 1962; págs. 15-254. Núm. 117, junio 1962; págs. 15-216. Núm. 118, julio 1932; págs. 15-287.

Seguidas de un índice de ponencias por artículos, de un índice sistemático con indicación de las actas correspondientes a cada materia y artículo y de otro índice de actas, se reproducen íntegramente las 53 Actas de la Comisión Revisora del Código Portugués de Proceso Civil. Se trata de las Actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Proceso Civil que había de servir de base al Código de 1939. Las Actas en cuestión son de inestimable valor para el estudio y exégesis de este Código y para el estudio e interpretación del Código de Proceso Civil de 1961.

CÓDIGO: *Projecto de... de Processo Civil, 1.ª revisao ministerial*, BMI. Núm. 121, diciembre 1962; págs. 5-84. Núm. 122, enero 1963; págs. 5-203. Núm. 123, febrero 1963; págs. 5-215. Núm. 124, marzo 1963; págs. 145-250.

Seguido de una breve nota explicativa a continuación de cada uno de los artículos se nos ofrece el texto de la 1.^a revisión ministerial del Proyecto del Código de Proceso Civil portugués. Aunque no se trata del que había de ser después el texto definitivo del Código de 1961, se considera interesante la reproducción del Proyecto que se transcribe como decisivo elemento para la interpretación del Código vigente y sobre todo y especialmente para la comprensión del exacto significado de muchas de las reformas que fueron introducidas en el Código de 1939 y que no siempre han sido correctamente apreciadas en su verdadera finalidad.

GONÇALVES SALVADOR, Manuel Julio: *Motivaçao*, BMI, núm. 121, diciembre 1962; págs. 85-117.

El artículo 153 del Código de Proceso Civil de Portugal estatuye que al decidirse la cuestión de hecho sometida a su conocimiento y consideración el juez especificará, en cuanto a los hechos que se estiman probados, los fundamentos que fueron decisivos para formar la convicción del juzgador. Según la "Relación" del Código trátase de una innovación importante, que el autor comenta en su relación con los distintos medios de prueba y dedicando una atención especial a la valoración por el juez de las declaraciones de los testigos.

LANG, Siegfried: *Zur Anwendung des § 276 ZPO (§ 83 VerwGO) im Armenrechtsverfahren*, MDR, año 16, núm. 10, octubre 1962; págs. 781-784.

La norma que prescribe la remisión al tribunal competente por aquél que se declare incompetente (§ 276 de la ZPO alemana) suele entenderse en general aplicable a los procesos de pobreza. Tiende la jurisprudencia a entender que la

remisión a otro tribunal para el conocimiento del proceso de pobreza supone la vinculación del tribunal remitido para la decisión del proceso sustantivo subsiguiente al de pobreza. No se estima correcta esta posición. Razones teóricas, a la vez que consideraciones prácticas, aconsejan a juicio del autor su abandono.

LOPES CARDOSO, Eurico: *O Tribunal colectivo na revisao do Código de Proceso Civil*, BMI, núm. 106, mayo 1931; págs. 15-41.

En la revisión del Código de Proceso Civil portugués se pretende mantener, en su estado actual y salvo pequeños retoques tendentes a su perfeccionamiento, el funcionamiento del llamado "tribunal colectivo civil", el cual, no obstante su denominación, no es un tribunal en el sentido propio del término. Aunque constituido por magistrados no es un Tribunal colegiado. La sentencia la dicta un juez único, no apareciendo el "colectivo civil" más que como instrumento destinado a fijar hechos que a un *juez único* corresponde valorar. Vicisitudes históricas y mecanismo de funcionamiento. Defensa de la oralidad.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Provas (Direito probatorio material)*, BMI, número 110, noviembre 1961; págs. 61-253. Núm. 111, diciembre 1961; páginas 5-194. Núm. 112, enero 1962: págs. 33-299.

La distinción entre un Derecho probatorio formal y un Derecho probatorio material, aconseja llevar el contenido de este último al contenido del Código Civil. Se hace, con esta orientación y partiendo de esta premisa, el estudio del aspecto material o sustantivo de las pruebas, seguido de un articulado y con destino a la reforma del Código Civil portugués. Reglas Generales sobre las pruebas, presunciones, prueba documental, prueba pericial, inspección directa, prueba por medio de testigos. Forma de apreciación de la prueba por los tribunales en los diversos supuestos y según su naturaleza.

RANIERI, Edoardo: *Sulla deroga convenzionale alla giurisdizione italiana*, RDMSp, año III, núm. 5-6, septiembre-diciembre 1960; págs. 679-685.

Nota crítica a la sentencia de casación de 18 de febrero de 1960. No se comparte la tesis jurisprudencial, contenida en estas dos afirmaciones: a) La aceptación de la jurisdicción extranjera en materia matrimonial por parte del ciudadano italiano no es válido motivo de sumisión en cuanto que constituye una derogación de la jurisdicción italiana. b) El ciudadano extranjero con la aceptación de la jurisdicción italiana, aunque sea tácita, queda sometido al magistrado italiano; pero no sucede lo mismo con el ciudadano italiano, respecto a la jurisdicción extranjera, en virtud de lo que dispone el art. 2 del Código de Procedimiento Civil.

3. Procesos especiales.

BUKOLO, Franco: *L'aspetto esecutivo dei provvedimenti camerali*, RDMSP, año IV, núm. 1, enero-marzo 1961; págs. 44-52.

En materia de "confiamiento" de la prole la legislación italiana adopta dos sistemas: uno para el caso de separación personal de los cónyuges (art. 708 del Código de Proc. Civ.); otro para los casos de cesación de la patria potestad o cesación de la patria potestad del adoptante o indignidad del mismo (arts. 303, 307, 308 y 330 del C. c.). En el primer caso es ejecutivo el acuerdo del presidente o del juez instructor, pronunciado en el sentido del art. 708 del Código de Procedimiento Civil (art. 189 disposiciones de actuación del C. c.); en el segundo, falta una disposición semejante relativa a la ejecutoriedad. Ante esta diversidad se propone: a) Unificar el sistema de "confiamiento" (affidamento) de la prole, tanto cuando se trata de acuerdos tomados como consecuencia de separación personal como de acuerdos adoptados en otros casos, b) Unificar y especificar las fuentes legitimadoras del recurso a la fuerza pública. Manera de conseguir la unificación propuesta en los dos casos.

COLELLA, Pasquale: *Osservazioni sulla giurisdizione e sulla competenza del giudice italiano in tema di separazione personale giudiziale*, RDMSP, año III, número 5-6, septiembre-octubre 1960; págs. 686-691.

La cualidad de extranjero no residente en Italia no excluye la jurisdicción italiana, en cuanto que uno de los criterios de sumisión del extranjero a dicha jurisdicción, de acuerdo con el art. 5, número 2º, del Código de Procedimiento Civil, es el hecho de que la obligación a que se refiere la demanda haya surgido en territorio italiano. Por tanto, para una controversia de un matrimonio contraído en Italia es competente el juez italiano y la cuestión debe resolverse en base al ordenamiento italiano. Sentencia de 22 de octubre de 1960 (Tribunal de Nápoles). Comentario favorable. Tanto en la cuestión preliminar de competencia como en la relativa al Derecho material a aplicar. Improcedencia de aplicación de la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902.

MIELE, Mario: *Separazione personale tra i coniugi italiani domiciliati e residenti all'estero e giurisdizione italiana*, RDMSP, año IV, núm. 2-4, abril-diciembre 1931; págs. 220-225.

Un marido italiano, domiciliado y residente en el extranjero, propone acción de separación personal contra su mujer (italiana iure matrimonii, extranjera de origen) ante un Tribunal italiano, residiendo la mujer también en el extranjero. ¿Puede la mujer excepcionar el defecto de jurisdicción de los Tribunales italianos? Dos cuestiones se plantean: 1.º) Si es competente, según las reglas de competencia territorial, el Tribunal italiano. 2.º) Si, en el caso concreto, existe jurisdicción italiana o sí, por el contrario, la nacionalidad de la demandada no basta por sí sola como título de jurisdicción a favor de los Tribunales italianos.

Solución negativa de la primera cuestión, lo cual hace superflua la segunda. No obstante, el autor la examina; entendiendo que, en el caso indicado, no basta la nacionalidad del cónyuge demandado para fundar la jurisdicción de un Tribunal italiano cualquiera. Carácter esencial del domicilio y la residencia en el extranjero.

OSORIO DA GAMA E CASTRO SARAIVA, José: *Projectos de revisao do Código de Processo Civil: Garantias de imparcialidade. Alguns processos especiais*, BMI, núm. 104, marzo 1961: págs. 39-152.

Como garantías de imparcialidad en el proceso se alude a los impedimentos que afectan al juez y que le obligan a declararse incompetente, haciendo después referencia a las suspensiones (reCUSACIONES) que funcionan a solicitud fundada de parte. Como procesos especiales articula el autor los relativos a: las interdicciones (por demencia o sordomudez, por inhibición del poder paterno o de las funciones tutelares); a la purga de hipotecas y extinción de privilegios; a la venta y adjudicación de la prenda; a la rendición de cuentas; a la consignación o depósito judicial; a la adjudicación judicial (entrega de la posesión por el juez en base a un título traslativo); arbitraje; reforma de títulos, autos y libros; acciones por daños contra jueces y magistrados de la justicia; revisión de sentencias extranjeras; justificación de ausencia y de cualidad de heredero; liquidación de patrimonios. Se destina el articulado a la reforma del Código de Proceso Civil portugués.

SCARDIACCIONE, Aurelio: *La surrogazione in materia d'imposta di registro e le conseguenti azioni di cognizione ed esecutiva*, RDCC, año VIII, núm. 5, septiembre-octubre 1962: págs. 536-540.

El vendedor que paga los impuestos de registro del inmueble vendido, que debía pagar el comprador, se subroga en el lugar del Fisco de acuerdo con las reglas comunes de la subrogación (art. 1.203 del C. c. italiano). Posición del vendedor en relación con el privilegio sancionado en el art. 2.772. Improcedencia de aplicación de las reglas especiales sobre subrogación en los derechos de la Administración sancionadas en la Ley de registro (arts. 98 y 80). La subrogación del vendedor afecta a los terceros adquirentes del inmueble. Contra ellos no debe valerse directamente del procedimiento de expropiación en el sentido del art. 602 del Código de Procedimiento Civil, sino que debe reclamar el reconocimiento de los derechos mismos y una sentencia de condena contra el tercero propietario, con el fin de obtener el título indispensable para proceder ejecutivamente contra el inmueble gravado. Tesis de la sentencia de 4 de julio de 1961 (Corte de Apelación de Roma). Se comenta la afirmación últimamente indicada: procedimiento del vendedor para la efectividad de su subrogación en el lugar del Fisco.

SIMÕES PEREIRA, Armando: *Processo de inventario e partilhas*, BMI, núm. 113, febrero 1962: págs. 2-203. Núm. 114, marzo 1962: págs. 5-246.

Anteproyecto destinado a la reforma del Código portugués de proceso civil y relativo al proceso especial de inventario y partición de herencias. Este proceso,

aunque hoy haya extendido su campo de acción a supuestos diversos de la división de herencias, surge inicialmente con la finalidad indicada. Articulado y detallada exégesis de cada una de las disposiciones que se ofrecen. Precede al comentario del articulado un estudio breve de carácter doctrinal sobre el proceso en cuestión.

SCHMIDT-FUTTERER: *Genügt ein gegen den Mieter gerichteter Räumungstitel auch zur Zwangsvollstreckung gegen die übrigen Wohnungsbenutzer?*, MDR, año 16, núm. 9, septiembre 1962; págs. 700-702.

Se plantea el estudio del siguiente problema: ¿es suficiente, para la expulsión forzosa de otras personas que disfrutan de la vivienda arrendada, el título ejecutivo de evacuación dirigido únicamente contra el arrendatario? Surge, por ejemplo, la cuestión con respecto a la mujer o los parientes del arrendatario o con respecto al subarrendatario. Con relación a la mujer, y habida cuenta de ciertos principios derivados de la equiparación jurídica con el marido, presenta el problema especial interés. Indica el autor los supuestos en que es suficiente un título ejecutivo contra el arrendatario y aquellos otros en que pudiera ser preciso un título múltiple. Como regla general hay que estimar que el título ejecutivo de evacuación sólo es necesario contra quien fue parte en el contrato de arrendamiento concluido con el arrendador o tiene la posesión exclusiva inmediata sobre la finca. No es necesario contra quienes sólo tienen una posesión derivada de su comunidad de vida con el arrendatario.

TSCHISCHGAL, M.: *Der Streitwert in Berufungs- und Revisionsverfahren*, MDR, año 16, núm. 8, agosto 1962; págs. 617-618.

Aspectos concretos del mecanismo y reglamentación de las costas procesales en el recurso de apelación y en el de revisión en el sistema procesal alemán. Determinadas situaciones injustas vienen a ser resueltas por la nueva ley sobre costas procesales. Se determina ahora que el valor litigioso en los procesos de apelación o de revisión se establece en función de las propuestas de invalidación o modificación del recurrente.

VON GERKAN, Hartwin: *Der Erwerb einer schuldnerfremden beweglichen Pfandsache durch den Vollstreckungsgläubiger als Ersteher*, MDR, año 16, número 10, octubre 1962; págs. 784-787.

La adjudicación de una cosa mueble embargada, en la vía de la ejecución forzosa, supone para el adjudicatario-adquirente la atribución de una propiedad libre de cargas y no impugnable. La atribución únicamente puede ser impugnada por vicios en el procedimiento de ejecución; no por el hecho de que la cosa no pertenezca al deudor, ya que el dueño estaba autorizado a una intervención en el proceso ejecutivo. Se ha entendido que en el supuesto de que el adjudicatario-adquirente sea el acreedor, le corresponde lo mismo la propiedad. Recientemente

se niega esta tesis en base a una pretendida interpretación del § 817, 4.º, de la ZPO, y teniendo en cuenta que la atribución de propiedad supone pago al contado del remate, cosa que no hace el acreedor. Consideración de la opinión indicada. Juego de las acciones de enriquecimiento del tercero que era dueño.

WILLENBERG, Jochen: *Zur Frage der Pfändbarkeit von Elektro-Haushaltswaschmaschinen*, MDR, año 16, núm. 12, diciembre 1962: págs. 959-960.

De acuerdo con el 811, núm. 1, de la Ordenanza Procesal Civil Alemana no están, entre otras cosas, sometidas a embargo por deudas dinerarias las cosas pertenecientes al hogar doméstico, en especial también los utensilios y cosas de la casa y de la cocina, en la medida que el deudor necesite de ellas para llevar su vida y su casa de una manera digna y adecuada, de acuerdo con su profesión y con su deuda. La norma pretende, pues, que el deudor pueda seguir llevando un nivel de vida digno y adecuado que, naturalmente, habrá de determinarse en cada caso, como cuestión de hecho y de acuerdo con su posición social. Teniendo en cuenta lo anterior se pregunta si son o no embargables las lavadoras electro-mecánicas. Consideradas las circunstancias de su uso estima el autor que, como principio general, deben estimarse sujetas a embargo, aunque dada su creciente generalización irán poco a poco pasando a formar parte de los bienes y utensilios de la casa que han de considerarse inembargables.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spennolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

- FG = Foro Gallego (La Coruña).
FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
IJ = Información Jurídica (Madrid).
IM = Ius (Milán).
IR = Iustitia (Roma).
JF = Jornal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVI = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).

- RHD = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit* (Brusselas, La Haya).
- RIDC = *Revista del Instituto de Derecho Civil* (Tucumán).
- RIDCO = *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (Barcelona).
- RIDCP = *Revue International de Droit Comparé* (París).
- RIN = *Revista Internacional del Notariado* (Buenos Aires).
- RISG = *Rivista Italiana per la Science Giuridiche* (Roma).
- RJC = *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona).
- RJD = *Revista Jurídica Dominicana*.
- RJN = *Revista Jurídica Nicaragüense*.
- RJP = *Revista Jurídica del Perú* (Lima).
- RJPR = *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*.
- RL = *Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro* (Bolonia).
- RLJ = *Revista de Legislação e Jurisprudência* (Coimbra).
- RN = *Revista del Notariado* (Buenos Aires).
- ROW = *Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme* (Berlín).
- RP = *Revista de Derecho Procesal* (Madrid).
- RPR = *Rivista di Diritto Processuale* (Padua).
- RPI = *Revista de la Propiedad Industrial* (Madrid).
- RS = *Rivista delle Società* (Milán).
- RTC = *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (París).
- RTDC = *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París).
- RTDP = *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (Milán).
- RTDPO = *Rivista Trimestrale di Diritto Público* (Milán).
- RUM = *Revista de la Universidad de Madrid*.
- SA = *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial* (Montevideo).
- SJ = *Svensk Juristtdning* (Estocolmo).
- T = *Tenis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas* (Zaragoza).
- UNC = *Universidad Nacional de Colombia* (Bogotá).
- ZVR = *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (Stuttgart).

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

La cuota de participación en la propiedad horizontal

(Comentario a la R. de la Dirección General de 7 de junio de 1963)

JOSE LUIS ALVAREZ ALVAREZ

Notario de Madrid

1. La propiedad horizontal (P. H.) exige, de acuerdo con la ley de 1960, que a cada piso o local se le atribuya una cuota.

El artículo 8.^o, 4.^o, L. H. habla de "la cuota de participación que a cada uno (piso o local) corresponde en relación con el inmueble".

El artículo 3.^o L. P. H. dice "que corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio...

b) La copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.

A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime."

El artículo 5.^o dice que en el título se fijará "la cuota de participación que corresponde a cada piso o local", y señala a continuación la forma en que se debe fijar.

Otros diversos artículos: el 8.^o, 9.^o-5.^o, 10.^o, 11.^o, se refieren a las cuotas, pero no ya en forma especial, sino imponiendo su modificación en ciertos casos y señalando la forma en que debe hacerse.

El artículo 396 del C. c. no emplea en su nueva redacción la palabra cuota, únicamente dice que "los pisos o locales podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...".

2. La R. de 7 de junio de 1963 resolvió un recurso en el que se ventilaba lo siguiente: la escritura de constitución en propiedad horizontal decía respecto de cada uno de los pisos en que se dividió la finca —tres viviendas y un local comercial— que "la cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble a los efectos del

artículo 396 del Código civil y 8 de la Ley Hipotecaria es de veinticinco enteros por ciento del valor total de aquéllos".

Presentada la primera copia en el Registro número dos de los de Madrid, fué calificada con nota que decía: "Suspendida la inscripción del presente documento por la falta subsanable de no atribuirse en él a cada piso y al local número 1 la cuota de participación con relación al valor del edificio."

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y estimó totalmente correcta y suficiente la fijación de cuota realizada en la escritura, pero la Dirección General revocó el auto apelado y confirmó la nota del Registrador.

La Resolución consta de tres Considerandos, que vamos a examinar para centrar el problema y ver cuáles han sido las razones que hayan podido motivar ésta, ya a primera vista, sorprendente resolución.

3. El primer Considerando dice textualmente: "Considerando que el problema planteado en este recurso requiere esclarecer si en la escritura calificada, por la que se constituyó una finca urbana en régimen de P. H., al señalar las cuotas de participación en los elementos comunes del inmueble de cada uno de los titulares de los pisos y locales se cumple con lo dispuesto en el artículo tercero de la ley especial, según el cual la cuota se determinará con relación al valor total del inmueble y referido a centésimas."

Este primer Considerando resume sólo el problema y lo plantea en muy pocas palabras, pero no da razones a favor de una u otra postura. Únicamente plantea la duda de si el señalamiento de las cuotas de participación en los elementos comunes del inmueble vulnera el artículo 3.^o de la ley especial, de lo que parece deducirse que el problema está sólo en ese artículo y no en los demás que se refieren a la cuota.

4. El 2.^o dice: "Considerando que en la denominada propiedad horizontal el artículo 396 del Código civil sanciona la coexistencia de una propiedad exclusiva del titular del piso o local y de un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute, que mediante la correspondiente cuota servirá de módulo para fijar la participación de los propietarios en las cargas y beneficios."

Este segundo considerando sigue sin entrar aún en el problema. Contiene dos afirmaciones: una primera que la P. H. sanciona la coexistencia de una propiedad exclusiva del titular del piso o local y de un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Esta primera afirmación es una de las posturas más claramente tomadas por la ley de 1960; no sólo en la E. de Motivos, sino aún en el artículo 3.^o de la Ley se reconoce expresamente.

Y otra segunda, que ese derecho de copropiedad, mediante la correspondiente cuota, servirá de módulo para fijar la participación de los propietarios en las cargas y beneficios.

Aquí ya se empieza a hablar, aunque sea de pasada, de la cuota.

Parece que, según la resolución, en este considerando la cuota se refiere al derecho de copropiedad, y que la función de la cuota es servir de módulo para fijar la participación de los propietarios en las cargas y beneficios.

De acuerdo con este considerando, parece que el fin de la cuota es servir para determinar la participación en cargas y beneficios. Cargas serán, principalmente, los gastos comunes; beneficios, el derecho al uso de los elementos comunes y la titularidad sobre esos mismos elementos cuando cambiaren de uso, casos de la destrucción del edificio y aparición del solar como valor, o de la negociabilidad de un elemento común accidental, por ejemplo, una planta o piso dejado como común y que se decide vender por unanimidad conforme al artículo 4.^o

Con ello la resolución no ha hecho sino recoger lo que dice también el artículo 3.^o "Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en los gastos y beneficios por razón de la comunidad."

5. En el considerando tercero la resolución dice: "Considerando que advierte la exposición de motivos de la Ley especial que con el propósito de que la cuota no exprese sólo la participación en los elementos comunes, sino también pasivamente el módulo de cargas, se ha de determinar poniendo en relación el valor proporcional del piso y cuanto con él estuviere unido, con el valor total del inmueble, por lo que el artículo tercero dispone que a cada piso o local se atribuya una cuota de participación con relación al valor total del inmueble, exigencia que no puede reputarse cumplida en la escritura calificada, que se refiere en forma imprecisa al valor de los elementos comunes, acaso por no haber adaptado las fórmulas empleadas antes de la reforma a la modificación legal."

En este considerando, cuyo examen detenido nos reservamos hacer luego, ya empiza a cojear la argumentación.

A primera vista se observa: 1.^o Que el estilo es distinto de los dos anteriores, hasta el punto que no parecen ser obra de la misma persona. 2.^o Que se utiliza no un argumento legal, sino tomado de la exposición de motivos. 3.^o Que no se examina la regulación de la ley en conjunto, sino la letra de la exposición de motivos y del artículo 3.^o de la ley. 4.^o Que no se somete a rigurosa interpretación lo que el artículo 3.^o quiere decir. 5.^o Que es contradictorio en su argumentación con el considerando anterior. 6.^o que las dos partes del considerando se unen con un "por lo que" que implica una relación de causa a efecto que no justifica la afirmación que sigue. 7.^o Que, por último, sienta la afirmación de que la exigencia de que la cuota se fije en relación al total del inmueble no puede reputarse cumplida. 8.^o Que carece absolutamente de sentido práctico o doctrinal.

6. Si se hubiera seguido el hilo de los dos primeros considerandos, no cabría duda que el valor lógico y ejemplar de la resolución hubiera sido mayor, y con ello su verdadero valor, pues no teniendo

la doctrina de la Dirección General la eficacia imperativa de la norma ni el carácter de doctrina legal a los efectos de la casación, no tiene más fuerza, salvo para los Registradores, que la que emana de la misma ejemplaridad de sus razonamientos.

Como dice Castán (*Derecho civil español, común y foral*, 7.^a edición, tomo I, pág. 170): "en cuanto al valor normativo de las decisiones y doctrina de la Dirección de los Registros, por no emanar éstas del poder judicial del Estado, sino de un centro administrativo, no forman jurisprudencia en el sentido propio de la palabra, ni constituyen doctrina legal a los efectos del recurso de casación".

Si a una resolución de la Dirección General le falta, pues, el vigor intrínseco que viene de la fundamentación que al fallo dan sus considerandos, disfrutará del prestigio ganado por tantas anteriores extraordinarias resoluciones, pero ella en sí no tiene valor ejemplar, y rompe esa línea de prestigio tan justamente lograda y que tan cuidadosamente se ha de conservar.

Como dice el mismo autor, "no por ello —por carecer de esa eficacia— dejan de tener gran autoridad e importancia". "En el terreno práctico y también en el científico, la doctrina del centro directivo tiene indudable valor para la interpretación del Derecho hipotecario y del Derecho civil, gozando de un prestigio y una autoridad unánimemente reconocidos."

Pero esa autoridad, fruto del patrimonio de prestigio que tiene la Dirección General, que es de lo que realmente vive la doctrina de ésta, no sirve sino para aumentar la eficacia de las resoluciones bien hechas e influir sobre la doctrina científica y la práctica, pero, naturalmente, no convierte a una resolución desacertada en norma, ni siquiera en ejemplo y guía para la práctica.

7. En un edificio en P. H. el dueño tiene: *a)* el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso. Es éste un derecho de propiedad normal; en cuanto se refiere a actos sobre su piso que no afecten a los demás, esta propiedad es tan ilimitada como lo puede ser la que se tiene sobre una casa completa. Si pudiera separarse radicalmente ese piso de todos los elementos comunes, sería un derecho de propiedad corriente; por ejemplo, en una casa de una planta con dos pisos, cabe el hacer una división que llamaríamos vertical, y si cada piso tiene entrada independiente, sería una forma de terminar la P. H.; de hecho, esto se hace con frecuencia en los pueblos. En cuanto a este derecho se refiere, no se necesita para nada la cuota. Si la cuota se fija no es por razón de él, sino por razón de la comunidad o copropiedad.

b) la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.

Como en otro lugar hemos dicho, el dueño de piso se encuentra en una situación de comunidad o concurrencia, física y legalmente imposible de evitar, entre tanto exista la pluralidad de titulares y la casa, que se refleja en la existencia de Juntas, acuerdos, etc. Prescindimos ahora de tratar el problema de la naturaleza jurídica de la P. H., pero

queremos indicar que aparte de la pura copropiedad existe esa situación de comunidad.

Pues bien, precisamente la ley, a continuación de hablar de la copropiedad, se refiere a la cuota. Para la copropiedad y comunidad si que es imprescindible la cuota. Lo que pasa es que como el derecho exclusivo de propiedad y el de copropiedad van siempre juntos (Artículo 396, 2.º "Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embarcadas juntamente con la parte determinada privativa, de la que son anejo inseparable"), la cuota va referida al derecho del propietario de un piso, pero para lo que sirve no es para decir cómo ese piso es suyo, sino cuál es su parte en la copropiedad, en los beneficios y cargas, en lo común del inmueble, en la forma de tomar los acuerdos.

8. Entre los preceptos de la ley hay unos que dicen para lo que sirve la cuota y otros que indican cómo se debe determinar.

A. El artículo 3.º es el que más claramente se refiere a la utilidad de la cuota; "servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad". Con este solo precepto bastaría. Dice bastante de para qué sirve la cuota: para fijar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad.

Dentro del término cargas están todas las obligaciones que hay que asumir por razón de la comunidad. El artículo 9.º, 5.º, desarrolla o aplica esta idea al señalar entre las obligaciones de cada propietario la de "contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales", y entre éstos cita a los de sostenimiento del inmueble, servicios, tributos, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización.

Es decir que, como es de todos sabido, los gastos o cargas que se pueden individualizar no se satisfacen en proporción a la cuota, sino por el causante, de acuerdo con el principio que la misma E. de Motivos recoge, de que "se pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad"; la cuota actúa allí donde ya no es posible que actúe el derecho exclusivo de propiedad, como dice el artículo 3.º, "por razón de la comunidad".

Dentro de los beneficios, por razón de la comunidad, está el uso de los servicios y elementos comunes. La cuota sirve para determinar la participación en esos elementos comunes, si bien en cuanto a su uso se hace, más que en relación a la cuota, en relación a la necesidad, pues usará más la escalera o el ascensor el de un piso ático interior y pequeño y con mucha familia, que el de un segundo grande, exterior y con poca familia, y, sin embargo, tendrá normalmente éste una cuota mucho mayor. Ni siquiera servicios como el portero, el agua caliente central o la calefacción se usan en relación con la cuota.

La cuota sirve para determinar la parte de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio (art. 396 C. c.), pero no propiamente sobre su uso. El propietario será titular de los elementos comunes en proporción a su cuota, y así, en el caso de destrucción, tendrá una par-

te en el solar en su precio proporcional a su cuota; en el caso de indemnización por un seguro general, cobrará una parte proporcional a su cuota; en el caso de venta del vuelo (art. 11), tendrá una parte del precio proporcional a su cuota; en el caso rarísimo de venta del edificio en conjunto, tendrá una parte en el precio proporcional a su cuota; en el caso de venta de un elemento común no sustancial que deja de serlo (v. gr.: portería, local almacén de carbón, garaje, etc.), tendrá una parte en el precio proporcional a su cuota.

Por tanto, la participación en los beneficios se refiere siempre a los elementos comunes, a la parte en copropiedad.

Sirve la cuota también para determinar el peso de su opinión en los acuerdos generales. Si consideramos el asistir a las Juntas y votar como beneficio y no como carga, el artículo 16 señala que las mayorías se forman sumando las cuotas.

Resumiendo, sirve por tanto la cuota para señalar la participación en las cargas y en los beneficios comunes, según el artículo 3.^o

Sirve también para fijar las mayorías de las Juntas (art. 16).

Para determinar la parte que pertenece al propietario del piso en el inmueble, el artículo 8.^o, 4.^o, dice la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. Pero del inmueble en la parte a la que se extiende la copropiedad, que es, como dice el artículo 396, "un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute".

Hasta aquí lo que dice la ley de para qué sirve la cuota.

La E. de Motivos no cambia en absoluto esto. Afirma que no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales, se divide económicamente en fracciones o cuotas.

Esta afirmación de la E. de Motivos no se ha cristalizado en la ley, pero para el caso es lo mismo. A las utilidades de la cuota querría la E. de Motivos añadir una más: sirve para expresar el valor del piso en relación con el inmueble, que se divide, dice la exposición, así, económicamente, en fracciones o cuotas.

Esta última utilidad de la cuota es más que dudosa, pero a los efectos que aquí nos interesan, este punto no tiene demasiada importancia.

Digo que es más que dudosa porque en la realidad el valor del piso no depende en absoluto de la cuota. En el valor del piso influyen una serie de factores que no se relacionan para nada con la cuota. Si un piso está decorado con obras de arte que son inseparables de él, frescos en las paredes, etc., tendrá un valor muy superior, aunque su cuota sea igual que la del piso de enfrente. Es más, la misma ley, en su artículo 3.^o, contradice ese propósito de la E. de Motivos al afirmar que "las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime". Es decir, reconoce: que la cuota no refleja el valor del piso, lo que nun-

ca se había dudado; que, por tanto, las cuotas lo que hacen es establecer la proporción en los gastos, en los beneficios y en los elementos comunes, y que, como afectan a todos, no pueden modificarse sin acuerdo unánime. Tan es esto así que, aun en los casos de segregación o división (art. 8.º) o edificación sobre el vuelo (art. 11), se necesita para modificar las cuotas acuerdo de la Junta.

La cuota lo que refleja es la proporción del piso en relación con el inmueble, pero no el valor intrínseco del piso, como se deduce del párrafo copiado. Esta idea, sobre la que volveremos, la expresa perfectamente el artículo 8.º, 4.º, cuando dice: "la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble".

Decíamos antes que además de que la utilidad de esa frase de la E. de Motivos es dudosa, no tiene demasiada importancia.

Y no la tiene, primero porque las afirmaciones de la E. de Motivos podrían servir para explicar o interpretar la ley, pero no tienen valor normativo en absoluto; y segundo, porque ahora que ya hemos señalado las utilidades de la cuota, podemos ver que esa utilidad la determina la ley independientemente de lo que diga la escritura de P. H.

Es decir, si la ley ha de tener algún sentido, es el de señalar para qué sirve la cuota. El constructor o constituyente en P. H. fijará las cuotas de acuerdo con las orientaciones de la ley que luego veremos, y, una vez fijadas, no tiene que añadir nada más; no tiene que decir para qué sirve la cuota, porque eso ya lo ha señalado la ley. Y la ley dice que sirve para fijar la participación en los beneficios y cargas por razón de la comunidad (art. 3.º), para determinar la parte de cada piso en el inmueble (art. 8.º, 4.º, L. H.) y para formar las mayorías en las Juntas (art. 16). La E. de Motivos añade, sin que luego se recoja en la ley, que sirve para determinar el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble.

Pero en todo caso la escritura no es preciso que diga la cuota, a efectos de beneficios y cargas, o la cuota que señala el valor del piso, o la cuota en los elementos comunes, o la cuota a los efectos de mayorías. Basta con que diga la cuota de participación es de tanto. Y una vez fijada y ya no por efecto de la escritura, sino de la ley, la cuota servirá para señalar esos beneficios y cargas, la parte en los elementos comunes y, si se quiere, el valor del piso en relación con el inmueble. Pero en todo caso lo único preciso es fijar la cuota y fijarla de acuerdo con las instrucciones de la ley. Fijada ésta, el título constitutivo es perfecto. Si se quiere añadir cualquiera de esas frases se podrá hacer, pero ello no cambia en absoluto ni su sentido ni su utilidad. Tanto será decir: la cuota a los efectos del artículo 396, como la cuota a los efectos de los elementos comunes, como la cuota a los efectos de beneficios y cargas, como la cuota a los efectos legales, como no decir nada o decirlo todo. Lo único que será indispensable es si se quiere modificar esos efectos de las cuotas, es decir, si se quiere establecer alguna excepción de la ley, y siempre que ésta la permita, regularla o disponerla expresamente. Este es el caso de que algunos servicios no se usen por todos los pisos (escalera, ascensor), o que la casa tenga

dos escaleras, o que la caletación no se distribuya por cuotas, o no la tengan todos los pisos; en todos estos casos cabe, como hemos defendido en otro lugar, establecer normas especiales. Así ha sido siempre, lo exige la misma naturaleza de las cosas y lo permite el artículo 9.º, 5.º, que ordena "contribuir a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido".

9. B. En segundo lugar, la ley tiene otra serie de preceptos en los que señala la forma en que ha de fijarse la cuota.

La ley dice, 1.º, dónde se fija la cuota: en el mismo título de constitución (art. 5.º).

2.º, por quién: por el propietario único del edificio, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial (art. 5.º).

3.º, cuándo: al iniciar la venta por pisos del edificio (art. 5.º), o, en general, cuando deban pertenecer a distintos titulares.

4.º, qué factores se deben tener en cuenta: se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, lo cual es lógico, ya que la extensión es un factor importantísimo; su situación; su emplazamiento exterior o interior, factor que puede influir en su valor, y el uso que se presume razonablemente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, que importa para fijar la cuota que ha de servir para señalar la parte de las cargas (artículo 5.º). Pero todos estos datos ya sabemos el valor que tienen: son puros consejos o recomendaciones o instrucciones para fijar la cuota.

5.º, en qué forma. Porque aun con todos estos datos, la cuota que es módulo o porcentaje debe serlo con relación a algo que es el todo, y esto lo dice en su artículo 3.º, la cuota se atribuirá con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas. Es decir, que se divide idealmente un inmueble en 100 enteros y todas las cuotas han de arrojar esa suma, y que la cuota se fija con relación al valor total. Con ello se eliminan las antiguas cuotas por mil o por diez mil a aun por números más raros que a veces se establecían, unificando el sistema; se fija el denominador, que ha de ser siempre 100, y se señala que la cuota se pone en relación al total del valor del inmueble. Pero, naturalmente, no al valor real, sino al total valor, es decir, que lo único que se hace es señalar la forma en que debe hallarse la cuota para que la distribución de beneficios y cargas sea proporcional. (A este sentido es al que se debe referir el Registrador en su informe cuando habla de valor simbólico.)

El artículo 3.º no establece el valor del piso ni dice que la cuota sea el valor del piso, sino señala la forma en que ha de fijarse la cuota, en relación con el total del valor del inmueble, porque sólo así las cuotas serán proporcionadas entre sí y prorrataeadas entre ellas los gastos resultarán la suma de las partes igual al todo.

El artículo 8.º, 4.º, L. H. recoge la misma idea cuando dice que en la inscripción se reflejará "la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble". Porque si una cuota o

porcentaje lo ha de ser con relación a algo, ha de fijarse el algo, y ese es el inmueble total. La ley, después, unas veces habla de "inmueble", otras de "total valor del inmueble". Estaría mal fijada la cuota que no lo fuera en relación con el inmueble, pero lo que no es preciso, repito, es decir que se ha fijado en relación con el total valor del inmueble, sino fijarla.

Verdaderamente la cuota se fija en relación con el total valor del inmueble, pero sirve a los efectos de la comunidad, como hemos visto.

El porcentaje señalado no sirve para indicar la parte que al propietario de ese piso le corresponde en los otros pisos porque en ellos no le corresponde nada. Los otros pisos son, conforme al artículo 396 C. c. y 3.^o de la ley especial, derecho singular y exclusivo de propiedad sobre espacios delimitados que corresponden a otras personas. El porcentaje o cuota sirve para determinar la parte que le corresponde en los elementos comunes, y eso, con la ley anterior y con la actual, y con cualquiera que reconozca en la P. H. partes de uso exclusivo —pisos o locales— y partes de uso común —elementos comunes—.

Hablar de que se tiene el X por 100 del inmueble es cierto sólo por abstracción, porque no se tiene el porcentaje de todo, sino el piso y una parte en los elementos comunes que representa el X por 100 de todo. Pero ese X por 100 se forma de parte propia y parte de una copropiedad, como claramente se deduce del artículo 3.^o La cuota va referida al valor total del inmueble idealmente, pero realmente actúa sobre los elementos comunes, sobre los beneficios y cargas, en una palabra, sobre la parte común. El artículo 3.^o incluye la cuota cuando habla de la copropiedad, y habla de que se obtiene un porcentaje en los beneficios y cargas, entre los cuales están los elementos comunes. En el lenguaje corriente, aun jurídico, se dice que se tiene un porcentaje en los elementos comunes y en los beneficios y cargas, o por transposición en el inmueble; efectivamente, se tiene, como dice la exposición de motivos, un porcentaje en el valor del inmueble porque la parte privativa más el porcentaje de la parte de copropiedad representa ese tanto por ciento del todo. No es que efectivamente sea el X por 100 del valor del inmueble, cosa que ni la misma exposición de motivos dice. Esta afirma que la cuota no sólo es la participación en los elementos comunes, sino que "expresa activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso". Es decir, que además de expresar activamente la parte en los elementos comunes, que eso no lo ha dejado de representar nunca, expresa, en cuanto módulo para cargas el valor proporcional del piso. Si se ven las frases "en cuanto módulo" y "proporcional", claramente se ve que lo que se quiere es que la cuota cumpla esa doble función, en la que tanto hemos insistido.

10. La afirmación siguiente de la E. de Motivos de que el edificio se subdivide no sólo física y jurídicamente en pisos y locales, sino también económicamente en fracciones o cuotas, es y ha sido en

un sentido siempre verdad; cada piso ha sido una fracción del edificio, y lo es también. Su valor no depende de verdad de la cuota, sino de mil coyunturas de mercado, y no resulta influido prácticamente por la cuota que se le ha fijado. Si la frase de la E. de Motivos la hubiera recogido la ley, lo que no ha hecho, sería posible afirmar que en relación con el todo la fracción valdría lo que su cuota, pero eso sólo tendría eficacia prácticamente en los negocios sobre el todo, que requieren unanimidad y no mayoría, puramente ideales. La venta del edificio en conjunto por todos los propietarios de acuerdo no se da jamás, y casi lo mismo sucede con la hipoteca del 218 R. H., que además es solidaria y no influyen las cuotas sobre el acreedor. Unicamente esa cuota importaría cuando recayera sobre el inmueble en el que no existieran partes privativas, y entonces sería ya solar y no inmueble, y en el fondo, por tanto, elemento común. La división económica en fracciones o cuotas, por tanto, no repercute sino en las relaciones jurídicas que se establecieran sobre la totalidad del edificio o sobre las partes del edificio que no son divisibles —elementos comunes—.

Discutir ahora la virtualidad de esa afirmación de la E. de Motivos sería un bizantinismo y, además, no serviría para aclarar la materia que nos hemos propuesto examinar, que es la resolución citada.

11. Después de este repaso de las normas legales sobre la cuota y de esa frase de la E. de Motivos sin reflejo en la ley, nos creemos ya en condiciones de examinar el asunto que nos ocupa.

Para ello vamos a seguir el siguiente sistema: primero, examinar la cláusula de la escritura que ha dado lugar a la nota; después, la nota misma; y, por último, la resolución.

12. La escritura ha cumplido todos los requisitos legales del título constitutivo, ha formado cuatro fincas —tres pisos y un local— y les ha asignado a cada uno un 25 por 100, y esto último lo ha hecho con esta frase: "la cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble, a los efectos del artículo 396 del C. c. y 8 de la L. H. es de 25 enteros por ciento del valor total de aquéllos".

Tal cláusula no se opone:

1.º Al artículo 3.º de la ley de 1960, que ordena que se atribuya una cuota con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas.

En efecto, la cuota se ha fijado en relación al valor total del inmueble y referida a centésimas. Si el valor total es 100, a cada piso le corresponden 25.

Ya se tiene la cuota de cada piso y ya puede servir como módulo para determinar la participación en beneficios y cargas.

Al fijar esa cuota el propietario no excluye cualquier efecto que la ley quiera atribuir a la cuota; servirá para contribuir a los gastos (art. 9.º), para formar las mayorías (art. 16), para determinar la parte en beneficios (art. 5.º) y hasta para, si la E. de Motivos tuviera

fuerza de obligar, determinar la fracción o cuota en la división económica del edificio. A todo ello no se opone la cláusula de la escritura. Todo ello es posible cualquiera que sea la forma en que se redacte una vez que se haya fijado la cuota, y se haya fijado precisamente como dice el artículo 3.º, 'con relación al total del valor del inmueble" y "referida a centésimas".

La cláusula dice algo más que ya no era necesario, pero que no está mal dicho. Bastaba que hubiera dicho "la cuota de su propietario es del veinticinco por ciento" o "la cuota es del veinticinco por ciento" o "tiene este piso una cuota del veinticinco por ciento", porque por ninguna parte se exige una frase sacramental.

Pero añade, "en los elementos comunes del inmueble, a los efectos del artículo 396 del C. civil y 8 de la Ley Hipotecaria".

Todo ello es correcto porque:

a) la cuota en los elementos comunes es efectivamente la misma, el veinticinco por ciento; el apartado b) del artículo 3.º habla de la copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, y la cuota señala la participación en los beneficios por razón de la comunidad;

b) el derecho de copropiedad se tiene sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute (art. 396);

c) la cuota se señala a los efectos del artículo 396 del C. c., que es el precepto fundamental y que contiene la remisión a la ley especial;

d) y a los efectos del artículo 8 L. H., que ordena que se fije "la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble". Bastaría con esta última remisión si razonablemente hubiera cabido alguna vez la más mínima duda sobre el significado de la cláusula para que se desvaneciera esa duda. Porque no sólo ese 25 por 100 se tiene en los elementos comunes, sino que se fija a los efectos del artículo 396 C. c., que es lo mismo que decir a los efectos de lo que ordena la ley en relación con la P. H. en general, y a los efectos del artículo 8.º L. H., es decir, para que quede fijada la cuota que se debe inscribir en el Registro y para que surta los efectos que previene el artículo 8.º Por tanto, se expresa en esta forma que esa cuota es la que le corresponde al propietario del piso en relación con el inmueble. Es decir, no sólo no se excluye que esa cuota representa la participación del propietario en el inmueble, sino que se dice eso mismo por la remisión expresa al artículo 8.º L. H. El que además se añada que esa cuota recae también sobre los elementos comunes, no se opone a que se haya fijado en relación con el inmueble y que determine lo que corresponde en relación con éste, sino que con esa alusión se da un carácter más práctico y, si se quiere, explicativo, vulgarizador y, al mismo tiempo, más claro y exacto a la cuota, porque lo que el particular quiere es que le digan la parte que le corresponde en el solar, en el vuelo, en los elementos comunes, y eso es lo que el Notario le dice añadiendo esa frase que en realidad no hace sino poner de relieve uno de los efectos que a la cuota atribuye la ley.

2.º No se opone tampoco a ninguno otro de los preceptos que se

refieren a la cuota: ni al 8 L. H., al que expresamente se remite; ni el artículo 5.^o, puesto que fija en el título constitutivo la cuota de participación que corresponde a cada piso o local.

3.^o La forma de expresión es, además, totalmente diáfana, no ofrece lugar a dudas, determina la cuota con precisión, no excluye la aplicación de ningún precepto legal, es perfectamente inteligible por los posibles adquirentes del piso, permite conocer *ab initio* cuáles son los derechos y obligaciones, beneficios y cargas inherentes a ese piso por razón de la comunidad. En una palabra, cumple todos los requisitos y fines para los que la cuota se fija.

4.^o Su entrada en el Registro está amparada por el artículo 8.^o L. H., que lo único que exige es que figure la cuota que a cada piso corresponde en relación con el inmueble.

5.^o Que el Auto de la Audiencia Territorial afirmó que "era innecesaria la manifestación formal exigida relativa a referirse las mismas (cuotas) al valor total del inmueble".

Ya antes, con ocasión de otra resolución, la de 22 de octubre de 1962, que planteaba sensiblemente el mismo caso, el presidente de la Audiencia Territorial falló reconociendo la no necesidad de emplear la frase "con relación al valor total del inmueble". El fallo de la Dirección General no trató el asunto porque al no considerar con personalidad al Notario recurrente para interponer el recurso, evitó el entrar en el fondo.

13. La nota denegatoria de la inscripción que provocó el recurso, decía: "Suspendida la inscripción del precedente documento por la falta subsanable de no atribuirse en él a cada piso y al local número 1 la cuota de participación con relación al valor del inmueble."

Después de lo dicho, ya podemos ver claramente cuál es el defecto que se atribuye: que la cuota de participación no se fija con relación al valor del inmueble. Es decir, que no se recoge la letra del artículo 3.^o de la Ley.

Pero en realidad, aunque no se recoge la letra, se cumple el artículo 3.^o La cuota se fija con relación al inmueble total y en centésimas. La referencia al valor ya hemos visto el sentido que tiene; la cuota ha de referirse al total valor del inmueble, al inmueble total, considerado como ciento, pero no a su valor en el mercado ni a su valor en cambio, sino sencillamente a su valor total, como dice el mismo Registrador en su informe, a su valor simbólico. Es decir, que el valor del inmueble = 100, debe ser el denominador del quebrado, del que el numerador será la parte que se atribuye al piso, y así se forma la cuota de participación.

La cuota se ha fijado, pues, de acuerdo con el artículo 3.^o sin duda de ninguna clase, pues todas ellas suman tanto como el inmueble total; la suma de sus valores es igual al valor total y va referida a centésimas. El hecho de que se haya señalado la cuota en los elementos comunes no es más que la aclaración, como hemos dicho, de que esa participación o cuota señala la parte que le corresponde al dueño de

cada piso en la copropiedad, que recae, como el mismo artículo 3.^º dice, en los elementos, pertenencias y servicios comunes. Pero, como hemos señalado, el que esa cuota determine la copropiedad en los elementos comunes no excluye en absoluto que se haya fijado en relación al valor total del inmueble.

No entendemos qué otra cosa puede significar en relación con el total valor del inmueble. Como hemos visto, no significa en absoluto que haya que referirse al valor previo del inmueble, sino que el piso representa una cuota o fracción, una parte económica, como dice la E. de Motivos, del total valor del inmueble, del inmueble total, del inmueble tomado en su conjunto, en su totalidad, en su integridad. Y esa está perfectamente determinada con la cuota fijada que indica que la casa queda dividida, además de física y jurídicamente en cuatro lúncas, económicamente en cuatro fracciones de valor; y la cuota fijada señala cuál es esa fracción, un 25 por 100 cada una en relación con los 100 que es el inmueble.

No vemos por ninguna parte la falta ni el defecto, ni la oscuridad ni la insuficiencia ni, mucho menos, la infracción legal.

Pensemos por un momento en que la cláusula escrituraria hubiera dicho "la cuota con relación al total valor del inmueble es de veinticinco enteros por ciento a los efectos del artículo 396 del Código civil y 8 de la Ley Hipotecaria".

La situación sería exactamente la misma. La cuota se habría fijado siguiendo el mismo procedimiento que en el caso que nos ocupa y los efectos y utilidad de esa cuota serían exactamente los mismos.

De los Resultados, parece que el Registrador entiende que al fijarse como se ha hecho la cuota, queda indeterminada la participación en los gastos, porque conforme al artículo 396 hay dos proporciones distintas que pueden coincidir o no. Pero ese artículo 396 que cita, es el derogado anterior, en el que, efectivamente, se decía que "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales" y "los gastos serán satisfechos también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados según el valor de su parte privativa". Hoy, el artículo 396 no dice nada de eso y, por tanto, no se puede argumentar con aquel texto hoy inoperante, y cuya cita no puede arrojar la más mínima luz.

El artículo 3.^º, en cambio, reconoce que dicha cuota determina la participación en beneficios y cargas y, por tanto, fijada la cuota a los efectos del artículo 396 C. c. y el artículo 8 L. H., es decir, a efectos civiles y registrales, esa cuota determina la participación en gastos automáticamente, sin que ello obste la regla 5.^a del artículo 9.^º, que deja a salvo lo especialmente establecido. Con ello se abre la puerta para esos casos especiales de distinta forma de uso de los servicios que requieren un señalamiento de una forma de pago especial y en proporción distinta, lo que no impide, como todos estamos hartos de saber, que fijada la cuota, si no se hace ninguna aclaración, es en esa proporción en la que se tienen que pagar los gastos y cargas.

14. No nos queda ya entonces otra forma de entender la nota y la resolución que pensando que lo que se quiere decir en ambas es que al fijar la cuota hay que decir textualmente que se fija en relación al valor del inmueble; es decir, que para que la cuota esté bien fijada es preciso que en todas las escrituras se copie esa frase del artículo 3.^o de la Ley.

Sí tal es lo que quiere decir la nota y la resolución cuando dice que "el artículo tercero dispone que a cada piso o local se atribuya un cuota de participación con relación al total del valor del inmueble, exigencia que no puede reputarse cumplida en la escritura calificada"; la posición de ambas es absolutamente insostenible.

15. El Derecho ha llegado, tras una evolución que terminó hace muchos siglos, a la eliminación de las frases sacramentales. En un período primitivo, éstas eran precisas para fijar la voluntad, y sobre ésta preponderaba la forma. Se trataba de fórmulas mágicas que sujetaban a las personas, y sólo interviniendo ellas era posible lograr los efectos apetecidos. Todo ello fué desapareciendo. Ni en los actos más formales y solemnes, el testamento, por ejemplo, se exigen ya frases sacramentales. No digamos ya en los contratos. Hace ya más de seiscientos años que el O. de Alcalá reconoció que de "cualquier forma que un hombre quiera obligarse, queda obligado". El texto del Ordinamiento decía "mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contrato con él", y en la Novísima Recopilación dice "mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro". Los Tribunales interpretan las leyes y los contratos de acuerdo con el sentido, con la intención, con la voluntad que encierran. El artículo 1.281 del C. civil dice: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieron contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas", y el 675, en forma aún más rigurosa, "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley." Si tal es el criterio de interpretación de las leyes --que revisten una indudable objetividad--, cuál no será el de los contratos y documentos, que son una creación subjetiva y cristalizan, reflejan o fijan la voluntad de su autor.

Si la fórmula o frase cumple con la ley y hace claro o patente para todos qué es lo que su autor quiso decir, no se necesita más. Exigir fórmulas rituales a estas alturas, sería tanto como pretender volver a las XII Tablas.

Este es el elemento más sorprendente de la resolución, y el que hace que a primera vista no sea inteligible, ni para un profano ni para un estudioso del Derecho. Si se fija la cuota en relación al valor del inmueble, si se dice que es un 25 por 100, si es a todos los efectos civiles e hipotecarios, si la ley señala para qué debe tenerse en cuenta esa cuota, ¿qué es lo que falta?, ¿qué es lo que se discute?

Si el piso o su titular tiene perfectamente determinada su propiedad exclusiva, su, su parte en la copropiedad, sus beneficios, sus cargas, sus obligaciones y sus derechos. Si los demás copropietarios también lo conocen. Si, en una palabra, está perfectamente determinada su posición jurídica de titular o copartícipe en la P. H. y ésta funciona correctamente, ¿qué es lo que se discute?, ¿por qué se rechaza la inscripción de esa escritura que puede surtir todos sus efectos?

Si no hay infracción legal, ni imprecisión, ni perjuicio de tercero, ni oscuridad en los libros registrales, ¿en base a qué se puede negar la inscripción?

Si es en base a la falta de una frase que se considera sacramental, la conclusión se califica por sí misma. Y de la resolución no puede sacarse otra conclusión sino que a la escritura le falta precisamente eso, contener la frase de que la cuota es "con relación al total del valor del inmueble".

A pesar de lo evidente que es esta conclusión, al analizar el considerando tercero no nos atreveríamos a suponer que el firmante de la resolución amparara semejante criterio si no fuera por el origen y antecedentes del problema.

16. Desde hace cierto tiempo, se han venido planteando recursos ante la Dirección General que tienen todos el mismo carácter. La misma fuente: el criterio de un Registro y el mismo estilo: la exigencia de fórmulas sacramentales.

En los recursos resueltos por las RR. de 13 y 18 de junio y 9 de octubre de 1962 se exigía por el Registro que se hiciera constar la palabra "explicita" unida a la condición resolutoria pactada, sin que fuera bastante con que se redactara claramente la condición resolutoria, e incluso que se la llamara expresa. Naturalmente, en todos ellos se reconoce que, "cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio, siempre que resulte inequívocamente la voluntad de las partes de configurar el impago como condición resolutoria, podrá inscribirse...".

En los recursos resueltos por las RR. de 1 y 2 de marzo de 1963 se decía por la nota calificatoria que no bastaba que los bienes inmuebles gananciales sean enajenados por marido y mujer, sino que debe decirse que el marido vende y la mujer lo consiente, es decir, que no bastaba con la concurrencia de ambos cónyuges y la manifestación de que venden, y la conformidad en ello, y la percepción del precio, y la ratificación del acto ante Notario, sino que si no se empleaban esas palabras mágicas, el acto no podía ingresar en el Registro. El

acto, que era válido ante la Ley, ante los Tribunales, plenamente claro, querido por dos personas capaces, desarrollado y calificado por el Notario autorizante, con plenos efectos sustantivos, entendido por la generalidad de las gentes, por la sociedad, no servía para reflejarse en el Registro, que no es sino una institución que tiende a hacer pública y cognoscible la realidad jurídica. Asimismo, en estos casos, la Dirección General desechará el criterio formalista que mantenía el mismo Registrador, y afirmó que "cualquiera que sea la tesis sustentada (respecto a la naturaleza del consentimiento que debe prestar la mujer), bien se trate de un denominado negocio de asentimiento, bien de un auténtico consentimiento necesario para el acto dispositivo, es lo cierto que en la escritura calificada se cumple la exigencia, incluso con exceso, pues traduce que ambos cónyuges están de acuerdo en la realización de la venta de la finca.... por lo que no puede sostenerse, como afirma la nota calificadora, que no aparece prestado el consentimiento de la mujer".

17. La contradicción de tal criterio formalista con los fines de la institución a la que precisamente parecía querer defender, era patente.

No dudamos que el uso de fórmulas sacramentales y de palabras y frases acuñadas facilita la labor del funcionario calificador de la inscripción registral. Pero perjudica claramente la importancia y función del Registro y transforma el Derecho en algo distinto de la ciencia de lo justo; lo convierte en el arte de las fórmulas. Y de otra parte, también nos parece que hace innecesario, o por lo menos no tan necesario, que el funcionario calificador sea un jurista; bastará con un cotejador de fórmulas rituales, y tal vez con el tiempo cumpliría impecablemente ese cometido un cerebro electrónico que constate si han sido escritas todas las frases y palabras sacramentales exigidas para que el documento pueda inscribirse.

Aplicando tal criterio formalista o, más aún que formalista, literalista, ni se aplica ni se interpreta la Ley, sino que se retrocede cientos de años en la interpretación y en el desarrollo de la doctrina jurídica. Ya las Partidas (I-1, 13) dijeron que "el saber de las leyes no está solamente en aprender a decorar las letras dellas, más el verdadero entendimiento dellas", y Gregorio López en su glosa afirmó que "scientia consistit in medulla rationis non in cortice scriptarum", y a un órgano como la Dirección General debería corresponder dar una interpretación adecuada a la época en que vivimos desde hace seiscientos años, a las necesidades de la práctica, a las enseñanzas de la doctrina y concordante con el criterio de los Tribunales españoles y de todo el mundo al aplicar las leyes.

Ya hemos visto qué es lo que dice el maestro Castán respecto al valor de las resoluciones de la Dirección General. La única forma de que esas resoluciones mantengan esa autoridad e importancia como la han mantenido durante tanto tiempo, es que se impongan por la fuerza y ejemplaridad de sus razonamientos, no por el valor decisorio de declarar una cláusula inscribible o no, valor decisorio que sólo obliga

a los Registradores y que podría llevar hasta a que un asunto se plantease ante los Tribunales civiles y fallado por éstos en sentido contrario a la resolución tuviera que acatarse el fallo por la Dirección General.

En las resoluciones hay que distinguir entre el mando de estas resoluciones ("son obligatorias para los Registradores") y su autoridad (cuando dice que gozan "de un prestigio y una autoridad unánimemente reconocidas").

En este último aspecto el prestigio de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado fué conquistado por las grandes figuras del Cuerpo de Letrados de esa Dirección, y muy especialmente por la de don Jerónimo González, de quien José Luis Díez Pastor ha escrito que (R. D. P. 1.946, p. 805) llegó a ser un oráculo en el Ministerio de Justicia y que (loc. cit., p. 802) alcanzó "casi al final de su vida a conquistar autoridad y prestigio ilimitado".

Esa misma opinión la comparte Rafael Núñez Lagos ("Don Jerónimo", semblanza del vol. II de los "Estudios...", de don Jerónimo González, pág. 14): "La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado —desde 1907 hasta 1946, salvo el periodo republicano— y la del Tribunal Supremo —desde 1931 a 1936— han estado directa y personalmente influídos por don Jerónimo. Aquel hombre que en la discusión aniontaba problemas, y una pregunta engendraba otra por afinidad o rebote, solucionó trascendentales cuestiones jurídicas en sus resoluciones o en sus fallos, y en las páginas de la "Colección Legislativa" dejó una cantera inagotable para todo jurista español."

Don Jerónimo González y sus doctos compañeros de Cuerpo conquistaron hace años el prestigio y la autoridad de las resoluciones de la Dirección. Los directores de entonces, discretamente, apoyaron con su mando aquella autoridad.

18. La D. G. en todos esos recursos que pretendan introducir un olvidado criterio formalista, falló, hemos visto, como era natural, de la única manera que podía hacerlo: reconociendo que da igual decir "expresa" que "explícita" cuando se califica a la condición resolutoria; y que es perfectamente válido el acto dispositivo otorgado por marido y mujer, cualesquiera que sean las palabras que se hayan empleado, pues lo único a tener en cuenta es la intervención y voluntad de los dos, su concurrencia al acto y que ha quedado cumplido el fin que la Ley pretendía, que era el evitar el perjuicio del interés jurídamente digno de protección, que conforme a la Ley ambos tienen cuando se trata de la venta de un bien inmueble ganancial.

Y en una resolución posterior todavía, de 9 de julio de 1963, en recurso interpuesto por otro Notario de Madrid contra una calificación del mismo Registrador se dice aún más explícitamente que "se debe reiterar la doctrina y declarar cumplida la exigencia del artículo 1.413 del Código civil cuando en la escritura comparecen ambos cónyuges para hipotecar una finca ganancial adquirida por ellos con anteriori-

dad, pues aunque hubiera sido suficiente que el acto lo realizase el marido con el consentimiento de la mujer, es indudable que en el título se exterioriza la voluntad concorde de los otorgantes para constituir el gravámen".

Es decir, se reconoce claramente y como argumento definitivo que lo que prevalece es la voluntad de los otorgantes, la intención claramente manifestada cualquiera que sean las palabras empleadas.

Pero este sano criterio es el que parece haberse quebrado con la resolución que ahora comentamos.

19. Veámos ya, después de toda esta exposición en la que el problema creemos que ha quedado examinado suficientemente, clara la suficiencia de la escritura y visible la exigencia injustificada de la nota denegatoria, ese tercer considerando, cuyo examen habíamos prometido al principio, y en el que está la fuente del criticado fallo, ya que ni el primero ni el segundo justifican en absoluto esa resolución.

Cuando después de haber examinado los dos primeros considerandos, en los que no hay ni un solo razonamiento que pueda abonar el fallo que sigue, entrábamos en el análisis crítico del tercer considerando, decíamos:

20. Que se observa un distinto estilo entre los dos primeros y el tercero. El primero centra el problema y se refiere al artículo 3.^º de la ley especial; el segundo reconoce el doble aspecto que existe en toda titularidad sobre P. H., y el tercero, con menos pulcritud de lenguaje, olvidando los dos anteriores considerandos y sin basarse en ellos para nada, por lo que propiamente podría haber prescindido la resolución de ellos sin que hubiera cambiado en absoluto, emite la opinión de insuficiencia de la cláusula por el solo argumento del artículo 3.^º interpretado por el E. de Motivos, al que no se ha aludido en el primero, y sin tener en cuenta ese doble carácter de la P. H.

El considerando tercero, además, prescindiendo de la posible contradicción con el segundo, que luego veremos, hace inútiles los dos anteriores porque no sigue el hilo de razonamiento que pudiera desprenderse de ellos, porque no acumula argumentos con los dos anteriores para desembocar en un fallo que es el efecto normal de una resolución con varios considerandos y porque, sobre todo, es suficiente en sí; es decir, encierra el planteamiento del problema, la mención del artículo pretendidamente conculado, la razón por la que se entiende así y la estimación de que la escritura no cumple la exigencia legal, además de esa suposición aludida que ya no tiene la más mínima razón de ser. En realidad, con este considerando bastaba y sobraba para justificar el fallo, y los otros dos no pintan absolutamente nada; se han quedado como colgados y sin terminar. La entrada del tercero inicia de nuevo la argumentación, no la recoge donde el anterior la había dejado, y conduce a un fallo que no se podía esperar de la lectura de los dos primeros.

21. El argumento utilizado es uno solo y se basa en la E. de Motivos, mucho más que en la Ley.

El procedimiento seguido es este: se interpreta una frase de la E. de Motivos, y con esa interpretación se explica, uniéndolo con una conjunción adverbial, "por lo que", lo que se cree que debe querer decir el artículo 3.º

Pero:

a) La E. de Motivos no se copia, sino que se parafrasea.
b) El que la cuota exprese la participación en los elementos comunes, sin excluir pasivamente el ser módulo para cargas, no implica que no se haya cumplido el artículo 3.º
c) El que la cuota se determine poniendo en relación el valor del piso con el valor total del inmueble no debe significar sino que la cuota represente una parte alicuota del total del inmueble. En efecto, esta frase no se puede tomar al pie de la letra, como ya hemos visto, porque la cuota no es la relación del valor real del piso a valor real del edificio. Lo excluye la repetida frase del artículo 3.º de la ley, que dice que "Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime". El mismo Registrador que califica reconoce que no se impone en el artículo 3.º una valoración real, sino puramente simbólica, lo cual no puede entenderse sino como que esa valoración porporcional no es con referencia al valor real, sino que lo único preciso es que se haga con referencia a ciento, como explica el mismo párrafo de la ley. Es decir, que sea con referencia a la totalidad del edificio y no a una parte.

Por ello se equivoca ese tercer considerando cuando dice que la cuota se ha de determinar poniendo en relación el valor proporcional del piso y cuanto con él estuviere unido, con el valor total del inmueble, atribuyendo tal frase a la E. de Motivos, que indudablemente tampoco tiene una redacción muy feliz, pero que, desde luego, como veremos, no llega a decir eso.

Cada piso tendrá una cuota de copropiedad en los elementos comunes del inmueble, y al mismo tiempo esa cuota servirá como módulo para determinar la participación en beneficios y cargas por razón de la comunidad, por lo que debe fijarse en relación con el total del valor del inmueble, pero esa cuota sólo por pura casualidad podrá ser alguna vez proporcional al valor del piso y cuanto con él estuviere unido en relación con el valor del inmueble, ya que si bien fijada en relación con el total del valor del inmueble se ha de fijar teniendo en cuenta los datos que señala el artículo 5.º: extensión, situación, emplazamiento y el uso que se presume va a efectuar de los servicios comunes.

22. En la argumentación del considerando se da una importancia a la letra del artículo 3.º, y más aún a la de la E. de M., exagerada. Sobre todo, la palabra "valor" parece que ha obsesionado, primero, al Registrador, y luego, al firmante de la resolución. La cuota no tiene otra finalidad que servir de módulo para señalar la participación del propietario del piso en lo que puede participar: en los elementos

comunes, en los beneficios y cargas también por razón de la comunidad, pero no en los pisos de los demás, ni en la parte, por tanto, del edificio que es privativa, sino en la parte que es común ahora y en la que puede ser común en el futuro, pero nunca en la exclusiva y particular. Esto es prácticamente así porque no puede ser de otra manera, y por eso está en lo cierto la escritura calificada y es más perfecta técnicamente que la E. de Motivos, que quiere llegar a donde no puede con la realidad de la P. H. en la mano. La ley, más ponderada ya, no habló de esa división económica en fracciones o cuotas, sino que se quedó en la fijación de la cuota centesimal y con referencia al total del inmueble, lo cual sí es correcto; es decir, se quedó en lo que el Registrador llama valoración simbólica.

El Notario autorizante, cuya ciencia jurídica está fuera de toda duda, pues figura entre nuestros primeros civilistas, afinó su cláusula respetando al mismo tiempo la esencia de la P. H. y la ley; la esencia de la P. H. refiriéndose a que esa cuota determina la parte en los elementos comunes, lo cual reconoce el artículo 3.^o de la ley, sanciona el considerando 2.^o y admite el 3.^o, que dice que la cuota expresa no sólo la participación en los elementos comunes; luego aunque expresa más cosas, expresa primero eso; y la ley en cuanto se remite a la legislación hipotecaria y civil a los dos preceptos fundamentales, y a los efectos de dichas legislaciones —a todos, naturalmente, sin exclusión de ninguno—, fija la cuota en centésimas y con referencia al valor simbólico total del inmueble, de ciento.

23. Que el referido considerando no ha sometido a examen el artículo 3.^o ni en sí mismo ni en relación con los demás preceptos de la ley. Visto, como evidentemente no debería desconocer el firmante de la resolución, y como no desconoce el Registrador en su informe, que no se habla de valor en sentido propio, pues la cuota no varía, como dice el artículo 3.^o, con el aumento o disminución de valor del piso, sino por acuerdo unánime, parecía evidente plantearse el problema de qué quería decir y qué quería obtener el artículo 3.^o

El mandato de esta Resolución pretende apoyarse en el artículo 3.^o de la Ley; pero ese artículo, al regular el régimen de P. H., distingue sus elementos en singulares y comunes cuando expresa que:

“En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil, corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos o instalaciones de toda clase...

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias o servicios comunes.”

Si se tiene en cuenta esto, si se examina la realidad de la P. H. y el sentido y el valor que no sólo los demás preceptos de la ley (5.^o, artículo 396, 9.^o, 16), sino el mismo artículo 3.^o en su párrafo siguiente atribuyen a la cuota, no habrá más remedio que intentar buscar el sentido concordante que la frase “total del valor del inmueble” pteda

tener para que adquiera sentido práctico, concuerde con la realidad y con las demás normas legales. Eso, indudablemente es lo que debería haber hecho la resolución y lo que absolutamente se echa de menos en ella, sobre todo en el tercer considerando, pues los dos primeros eran un correcto arranque para examinar el problema.

A la frase "total del valor del inmueble" pueden encontrársele las siguientes interpretaciones:

1.º La rechazada por el mismo Registrador en su informe de que haya que fijarse la cuota estableciendo una relación entre el valor o precio real del piso y el valor total del inmueble. Va contra el artículo 5.º, que al señalar la forma de fijar la cuota no sólo no establece ese criterio, sino que impone otros que aplicados han de dar resultados radicalmente distintos, sobre todo al recomendar tener en cuenta "el uso que racionalmente se presume que va a efectuarse de los servicios o usos comunes". Y contra el mismo artículo 3.º, que dice que las mejoras o menoscabos que naturalmente influyen sobre el valor del piso no influyen ni modifican la cuota. Como no cabe admitir que el legislador en dos artículos casi consecutivos, y aun dentro del mismo artículo, se contradiga, es evidente que no puede ser esta la interpretación correcta de la ley.

Esta es precisamente la que parece imponer el tercer considerando al explicar el artículo 3.º por esa interpretación que hace de la exposición de motivos. La cita o parafraseo que hace no es correcta, porque la E. de Motivos no dice lo que la resolución pretende que diga; ésta afirma que "la cuota se ha de determinar poniendo en relación el valor proporcional del piso y cuanto con él estuviere unido, con el valor total del inmueble", mientras que la E. de Motivos lo que dice es que la cuota representa no sólo la participación en los elementos comunes, que sería desde el punto de vista activo el valor proporcional del piso en relación con el conjunto del inmueble, sino también pasivamente el valor en relación con el conjunto para que sirva de módulo para cargas. Es decir, lo que la E. de Motivos quiere poner de relieve es esa doble función activa y pasiva de la cuota, pero no dice jamás que la cuota sea una relación de valor del edificio a piso, sino un módulo para determinar lo que el piso representa en el conjunto, tanto activamente, en cuanto al disfrute de lo común —edificio menos lo exclusivo, que son los otros pisos—, como pasivamente, en cuanto contribución a las cargas. Entendida la exposición de motivos adecuadamente, no está en contradicción con la ley ni con el artículo 3.º, que distingue el derecho singular y exclusivo de la copropiedad, al tratar de la cual habla de la cuota, ni con el párrafo que dice que ésta se fija en relación al valor total del inmueble, cuyo sentido hemos explicado sobradamente, ni con el artículo 5.º, que señala otros criterios para fijar la cuota. Pero es que aunque la interpretación que la resolución da a la E. de Motivos fuera correcta, que no lo es, no sería nunca argumento bastante, pues al no haberse articulado tal propósito debe prevalecer la interpretación sistemática, lógica y práctica de los preceptos de la ley sobre una frase de la E. de M. que se habría que-

dado en una opinión, un deseo o un ideal de su redactor o, mejor aún, en una expresión poco feliz del doble carácter de la cuota modificando los párrafos 2.^o y 3.^o del antiguo artículo 396 C. c., cuyo doble carácter sí se ha recogido en la ley.

2.^o La de que es preciso reflejar siempre que la cuota se fija en relación al total del valor del inmueble, porque lo que el artículo 3.^o lo que quiere es imponer una frase como ritual o fija sin la que la cuota, aunque se haya fijado efectivamente como una parte del todo, podrá sustraer todos sus efectos excepto los de ingresar en el Registro, porque es obvio que a todos los demás efectos la cláusula es correctísima.

Tal interpretación es inadmisible y cae por su peso sólo con enunciarla. El legislador es hombre de su época y sigue los criterios de ella; si quisiera introducir algo tan extraño como una frase sacramental en un negocio jurídico patrimonial, y ni siquiera traslativo, como es el de constitución en P. H., lo hubiera dicho claramente; y si tuviera tal carácter no sería en la norma sustantiva (ley especial), sino en la norma adjetiva (art. 8.^o L. H.) donde lo habría impuesto; y en éste muy claramente el legislador dice que en la inscripción se reflejará "la cuota que a cada piso corresponde en relación con el inmueble", es decir, no repite la comentada frase, sino la idea de que la cuota hace referencia como una parte al todo.

3.^o La de que la expresión "con relación al total del valor del inmueble" es una expresión elíptica o abreviada que resume "con relación al total valor de los restantes elementos, pertenencias o servicios comunes" del inmueble, es decir, no privativos, "necesarios para su adecuado uso y disfrute".

Son frecuentes en todas las leyes, y de modo concreto lo es en el Código civil, el uso de expresiones abreviadas en los párrafos y epígrafes sucesivos después de su primera expresión completa y detallada. Se trata de una de las muchas formas de economía legislativa. Economía de palabras partiendo de que la ley es interpretada por un jurista, es decir, por un buen entendedor de las normas. Veamos sólo dos ejemplos tomados del propio Código:

El artículo 808 C. c. refiere la mejora a los hijos y descendientes legítimos; sin embargo, ninguno de los artículos 823 y siguientes, que regulan las mejoras, vuelve a emplear el adjetivo "legítimos" detrás de los sustantivos hijos y descendientes. Igual sucede al regular la sucesión "ab intestato": el artículo 931 habla de los "hijos legítimos" y sus "descendientes", mientras los artículos 932, 933 y 934 dicen "hijos, nietos" y "descendientes" sin añadir el calificativo de "legítimos".

Los artículos 939 y siguientes regulan la sucesión intestada a favor de "los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real"; pues bien: el artículo 939 emplea completas estas dos expresiones, y, en cambio, los artículos 940 y 942 dicen sólo "hijos naturales o legitimados"; los artículos 841 a 945, "hijo natural o legitimado", y el 944, "hijo natural reconocido o legitimado".

Nada tiene, pues, de anormal, dentro de la economía terminológica

legislativa, que la expresión "con relación al total del valor del inmueble sea expresión abreviada o elíptica de con relación al total valor de los elementos, pertenencias o servicios no privativos del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute". Es decir, que la expresión del artículo 3.^º, letra *b*) está abreviada en el párrafo siguiente.

Es más, en una interpretación rigurosa, el artículo 3.^º *b*, párrafo 2.^º, al hablar "del valor total del inmueble" lo hace dentro del párrafo o parte en el que se refiere a lo que queda de la finca primitiva después de constituir como fincas independientes los diversos pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente. Es decir, frente a esos "pisos y locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal", distingue el "inmueble en conjunto", finca originaria o matriz que no desaparece aunque de ella se extraiga todo lo privativo, sino que integra todo lo común excluido lo privativo, y es "el inmueble", "la raíz", por autonomía, pues lo demás sólo es en dependencia respecto de él.

Esta interpretación es rígidamente literal, pero en armonía con la naturaleza de las cosas, que, por ello, no incide en ninguna consecuencia que repugne al buen sentido y, con la cual, "valor total del inmueble" se identifica plenamente con "valor total de sus elementos comunes".

Esta interpretación ya es perfectamente admisible. La cuota se fija en relación al total valor del inmueble que interesa a los efectos de la comunidad, no tanto en relación con el valor de los otros pisos, sino en relación con todo el inmueble común, que es fundamentalmente los elementos comunes de que habla el artículo 396, con lo cual se consigue para la cuota ese doble carácter que la ley y la E. de M. quieren de parte en los elementos comunes activamente, y pasivamente, módulo para el reparto de cargas. Al mismo tiempo, teniendo en cuenta los criterios del artículo 5.^º, esa cuota sirve aún para el caso de desaparición de las partes privativas; v. gr.: destrucción o venta conjunta, pues en este caso lo que se ha producido es un ensanchamiento o expansión de la copropiedad, y la cuota sirve, asimismo, para fijar la parte en ese nuevo elemento común: solar, cantidad, etc., de forma perfecta, de modo que excepcionalmente la cuota ha servido también para determinar la fracción económica de cada titular, pero siempre sobre la copropiedad, nunca sobre la propiedad exclusiva de los demás, que para ésta la cuota es absolutamente inoperante.

4.^ª Por último, existe otra explicación, que es la más sencilla y la que se adapta perfectamente no sólo al espíritu de la ley y a una interpretación conjunta de todos sus artículos, sino aún perfectamente a la letra de la repetida frase del artículo 3.^º

Este, al decir que a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas, señala la forma aritmética en que se debe fijar la cuota.

Jointo con el artículo 5.^º, señala la forma en que debe señalarse aquélla.

Después de ponderar los factores que deben influir en el *quan-*

tum de la cuota, dice el elemento con el que se debe poner en relación, el inmueble total y la forma en que debe expresarse esa relación. En este sentido, el Registrador habla de valoración simbólica. Más que simbólica, deberíamos decir aritmética (ya sabemos que, según ésta, los números son símbolos).

De ninguna forma hay que hallar el valor del inmueble. Viene dado siempre. Su valor es cien, y de él la cuota no es sino la parte proporcional, en centésimas, que sirve como módulo para repartir beneficios y cargas por razón de la comunidad. Lo dice el mismo artículo 3.^o y en la frase siguiente.

Todo lo que sea buscar extrañas interpretaciones formalistas es querer complicar las cosas, y no mejor técnica, sino interpretación conceptualista alejada del fin de la ley, y malamente literalista, pues ni siquiera ésta impone la consecuencia que saca la resolución.

Todos los que hemos hecho alguna constitución o división de una casa en P. H., y nadie como los Notarios, en cuanto a experiencia en ese punto, sabemos que jamás hay intervención de valores, que la cuota no intenta representar el valor de la propiedad exclusiva del piso, sino la parte que a ese piso debe corresponderle en los elementos comunes y en las cargas, y el día de mañana en el solar, que es elemento común asimismo. Y que se toman los datos del artículo 5.^o y se barajan para que la cuota sea justa en su doble carácter de parte representativa de la copropiedad y módulo para la contribución en los gastos, y que, una vez hallada la relación entre los pisos, se reducen a centésimas en relación al valor total del inmueble que es cien. Y que si, a pesar del deseo de la ley, existe algún uso muy desigual de un servicio, o si éste no se aplica a todos los pisos, se señala una norma especial para sufragar los gastos causados por éste.

Y fijada así, la cuota es correcta y ha quedado cumplida la norma del artículo 3.^o, pues se ha fijado, como éste dice. No hay necesidad de arrastrar frases más o menos litúrgicas que no condicen a nada en las escrituras, que vendrían a ser así esos documentos cabalísticos que empezaron a dejar de ser ya en el siglo xv y xvi y dejaron de ser definitivamente con la entrada en vigor de la L. H. (1861) y del Notariado (1862), pues la cultura de ambos cuerpos y el carácter de notables juristas, de Registradores y Notarios, hace imposible e inútil pensar que se les convierta en copiadores de fórmulas estereotipadas o cotejadores de ellas, lo que abortaría su labor creadora de jurisprudencias colaboradoras en la interpretación y adaptación de la realidad social a la jurídica y hasta en fuente remota de normas.

“La actividad de los Notarios y Registradores de la Propiedad —ha dicho también Castán (7.^o edición, tomo I, pág. 197 del *Derecho civil español, común y foral*)— es legitimadora, autenticadora y constitutiva de los derechos, no creadora de éstos, ni del Derecho objetivo. La función de aquéllos es, simplemente, colaboradora en la producción del Derecho.”

Pero, además, continúa, “toman parte importante en el proceso dinámico de creación del orden jurídico... las interpretaciones y cons-

strucciones jurídicas que, a través de sus respectivas calificaciones, formulan los Notarios y Registradores pueden llegar a alcanzar un valor normativo...”, “...pueden también ser la base de costumbres jurídicas o usos jurisprudenciales que, a la postre, con mucha frecuencia, llegan a ser acogidos por el propio legislador, convirtiéndose en norma de perfecto Derecho positivo”.

24. Los considerandos 2.^o y 3.^o, si se estudian comparativamente, se puede observar que no concuerdan e, incluso en algún punto, son contradictorios.

El segundo considerando reconoce expresamente que en la P. H. coexisten “la propiedad exclusiva del titular del piso o local” y “la copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute”, derecho de copropiedad que mediante la correspondiente cuota servirá de módulo para fijar la participación de los propietarios en las cargas y beneficios. Es decir, que lo que determina la cuota es el derecho de copropiedad, lo cual no es nada extraño, pues el mismo concepto de cuota, por su naturaleza, pide que se establezca con referencia a una comunidad.

La cuota, según ese considerando, determina la proporción en que el propietario del piso tiene copropiedad sobre los elementos comunes y, como consecuencia, la forma en que participa en beneficio y cargas, y se remite al artículo 396 C. c., que afirma expresamente que la propiedad separada sobre el piso “lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute”.

La cuota, pues, según este considerando, determina la parte de copropiedad en los elementos comunes, es decir, éste parece ser su objetivo principal de acuerdo con el artículo 396. Y sólo ya por razón legal y como un efecto normal de la cuota, sirve también para determinar la participación en beneficios y cargas, como dispone el artículo 3.^o de la ley especial.

Cotejándola con este considerando, la cláusula calificada no puede ser más correcta: se fija en centésimas, conforme al artículo 3.^o, y determina la parte de copropiedad en los elementos comunes; y por si fuera poco esto, se dice que queda fijada esa cuota a los efectos del artículo 396 C. c. y del 8 L. H.; es decir, como ya hemos indicado, en relación con el inmueble.

Pero el tercer considerando realiza, más que un cambio o un giro, una verdadera pírueta, al decir “que con el propósito de que la cuota no exprese sólo la participación en los elementos comunes, sino también pasivamente el módulo de cargas”, pues, según el anterior, la cuota que fija la participación en los elementos comunes sirve también para fijar la participación en beneficios y cargas.

Entonces el tercer considerando cambia el criterio no estimando suficiente la fijación de la cuota en los elementos comunes, porque no se cumple la exigencia del artículo 3.^o de la ley, de que “a cada piso o local se atribuya una cuota de participación con relación al valor total

del inmueble", lo cual ya hemos visto lo que significa, y que, efectivamente, se ha cumplido al fijar la cuota en relación al valor total y simbólico de cien del inmueble.

Pero siguiendo con el examen del considerando y de su disconformidad con el anterior, que es lo que nos interesa, prosigue diciendo, "exigencia que no puede reputarse cumplida en la escritura calificada que se refiere en forma imprecisa al valor de los elementos comunes".

Esta afirmación es contradictoria también con el considerando anterior. Porque la referencia a la cuota en los elementos comunes no puede ser más precisa, y porque además contiene una referencia al artículo 396 C. c. y 8 de la L. H., que este considerando pasa por alto.

A lo que el considerando se debe referir cuando califica de "imprecisa" a la cláusula, hay que suponer que es a la posible utilidad de esa cuota para determinar los demás efectos de la cotitularidad, es decir, para determinar la parte en los beneficios y cargas.

Imprecisión que, conforme al considerando anterior, no existe, puesto que la cuota —afirma—, que determina la copropiedad en los elementos comunes, sirve de módulo para fijar la participación en las cargas y beneficios.

Con la ley en la mano se ve claramente que no hay tal imprecisión. En efecto:

1.º El artículo 3.º, b)—como ya hemos dicho—, después de aludir en su 1.º a la copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, trata en el primer inciso de su segundo párrafo de la forma de fijar la cuota de participación, y en su inciso segundo dice que "dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad".

2.º El artículo 9.º, que señala las obligaciones de cada propietario, en su regla 5.ª determina la de: "Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales...".

3.º Y el artículo 16, 2.º, dice: "para la validez de los demás acuerdos, es decir, para los que no requieren unanimidad, bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios, que, a su vez, representen mayoría de las cuotas de participación".

Es decir, que, como hemos repetido, en la actual legislación de la P. H., la cuota de participación en los elementos comunes servirá legalmente, y sin necesidad de expresarlo, de cuota de participación en los gastos generales, salvo si se hubiere especialmente establecido otra cosa (casos que ya hemos visto, de servicios especiales), y servirá de cuota de valor del voto para contar la mayoría de cuotas de participación en las Juntas generales.

Tal es lo que dice y reconoce el considerando segundo, y luego el tercero, con no se sabe qué fines de considerar imprecisa la cláusula, que es absolutamente precisa, clara y suficiente, cambia de criterio contradiciendo la conclusión expuesta que de forma inmediata surge de la ley.

Concluyendo, y para no insistir sobre puntos ya totalmente escla-

recidos, queda patente la contradicción, aparte de la insuficiencia y errónea interpretación que contiene, de este considerando tercero con el anterior.

25. El fallo que determina este tercer considerando, ya hemos visto que interpreta erróneamente las disposiciones legales, y que carece de valor doctrinal, pero es que, sobre todo, adolece de una falta de sentido práctico muy notable.

Si el derecho es para la vida, habrá que atender, más que a su letra, al espíritu de las leyes y al fin que persiguen. Y si una operación jurídica —sea escritura, fórmula o acto— cumple el fin que se ha propuesto y produce el efecto jurídicosocial deseado, es evidente que si no contradice a la ley es un acto técnicamente correcto y prácticamente útil.

La fijación de la cuota, como ha sido hecha en la escritura calificada, es totalmente útil para la vida jurídica y para el normal desarrollo de la P. H. (tal y como ésta está regulada). Esto es indudable, no sólo por el análisis científico de la escritura, sino por el examen de la experiencia. Cientos de escrituras han fijado con estas o parecidas palabras la cuota, desde luego sin incluir la frase "con relación al total del valor del inmueble", y han sido inscritas y han surtido plenos efectos. El único defecto sería que no viniera fijada la cuota en centésimas con relación a los cien enteros, valor total del inmueble, pero no ningún otro.

Ventura Traveset (*Derecho de propiedad horizontal*. Ed. Bosch, 1961, pág. 157) señala esto mismo cuando, hablando de la cuota, dice: "No hemos conocido ni un solo caso entre miles, en que haya habido necesidad de suspender la inscripción de un documento relativo a un piso por falta de cumplimiento de este requisito legal". Con ello, no hace sino poner de manifiesto lo dicho: que prácticamente, lo único importante es fijar la cuota en relación al valor, ciento, total del inmueble, y que a ningún Registrador se le había ocurrido que porque faltara o figurara una palabra en la cláusula —cuando ésta estaba perfectamente clara—, se tuviera que dejar de inscribir la escritura de propiedad horizontal.

Pues bien, con esta resolución cabe pensar que —al ser obligatorio para los Registradores el criterio de la Dirección General— entiendan éstos que aun sin razón legal bastante y por efecto de una errónea o parcial interpretación, deban, para curarse en salud, exigir que se haga constar expresamente la frase "con relación al total del valor del inmueble", con lo que llegaremos al curioso efecto de que en pleno siglo xx haya que emplear unas palabras cabalísticas que, fuera de eso, no sirven para nada, para que ingresen actos, perfectamente válidos sin ellas, en el Registro de la Propiedad. La verdad que tal interpretación y requisito a quien favorece menos y a quien quita más seriedad es a la propia institución registral.

26. Para acabar el análisis de ese tercer considerando, veanmos cómo termina.

No se contenta con afirmar que la escritura calificada se refiere

en forma imprecisa al valor de los elementos comunes, sino que seguidamente emite la siguiente conjectura: "acaso por no haber adaptado las fórmulas empleadas antes de la reforma a la modificación legal". Esta conjectura de la resolución, o mejor, de su firmante, creemos que merece también un comentario.

Es sabido que los Tribunales pueden recurrir y de hecho necesitan acudir y aplicar la prueba de presunciones *hominis seu iudicis*. El Código civil, en su artículo 1.249, les reconoce valor al señalar negativamente su límite de admisibilidad: "Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado".

Pero esa prueba de presunciones, de conjecturas racionales basadas en un hecho probado, tiene por fin conseguir la prueba de algo que debe ser resuelto o calificado en el fallo.

No ocurre así en la conjectura que cierra el último considerando de la resolución que analizamos. No se trata de conjeturar para llegar al fallo justo, sino que, después de declarada la imprecisión de la cláusula, se trata —*innecesariamente*, puesto que ya nada tiene que ver, a los efectos de su fallo— de explicar el porqué de esa imprecisión. La conjectura no persigue, pues, aclarar nada que sea necesario ni útil al fallo. Y, sin embargo, se formula.

Pero es que, además de innecesaria, esa conjectura está tan falta de justificación y acierto como el resto del tercer considerando.

En efecto. El artículo 8.º, núm. 3, 3.º de la L. H. antes vigente ya decía que "En las inscripciones de esta clase se expresará el valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el valor total del inmueble, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas". Y, por tanto, con este texto, si esa fórmula empleada no es suficiente hoy, menos lo debía ser antes; luego no se trata de una imprecisión por olvido de adaptar la fórmula, sino porque, sirviendo para inscribir la cuota antes con ese texto, mucho más debería servir hoy.

Y además, y sobre todo, la reforma introducida en el artículo 396 hace hoy, mucho menos necesario que antes, fijar dos cuotas o decir que lo que se señala en los elementos comunes sirve también como módulo de cargas. Porque antes el artículo 396 disponía que "las partes en copropiedad, salvo pacto, se presumen iguales", y que "los gastos serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa", de lo que fijada una cuota en gastos, si no se decía que servía para determinar la parte en los elementos comunes, no serviría a estos fines, y viceversa. Y ahora, en cambio, con el artículo 396 y su remisión a la ley especial queda claro que la cuota que determine la copropiedad en los elementos comunes sirve también como módulo para participar en los beneficios y cargas.

Luego la fórmula empleada sirve perfectamente para la legislación actual mucho mejor aún que para la anterior, sin perjuicio de que con la remisión a los preceptos que cita —396 C. c. y 8.º L. H.— sea igualmente eficaz y suficiente para una que para otra.

II. RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de ANTONIO DE LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

NO ES INSCRIBIBLE, CONFORME AL APARTADO QUINTO DEL ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EL EXCESO DE CABIDA DE UNA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIERBAS, AGOSTADERO Y ESPIGAS, INMATRICULADO ANTERIORMENTE COMO FINCA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA.

A) Dispuesto por la legislación hipotecaria que la primera inscripción de las fincas en el Registro ha de ser de dominio, criterio ya establecido por el artículo 228 de la primitiva Ley de 1861, para decidir sobre la procedencia del asiento solicitado, es necesario examinar como cuestión previa la verdadera naturaleza del derecho que se pretende inscribir, toda vez que dependerá de que sea condominio o derecho real limitado, el que prevalezca o no la pretensión formulada.

B) Tanto la doctrina civil como la jurisprudencia se preocupan de la delimitación de las figuras de servidumbre y comunidad de pastos, entre las cuales podría situarse el derecho del recurrente. Según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 1954, la línea divisoria se ha de fundamentar sobre la existencia de un predio ajeno, de tal manera que siempre que medie cierta utilidad para una persona distinta del titular de la finca se estará en presencia del derecho real de servidumbre, que puede inferirse existente en el supuesto del recurso, dados los términos del título calificado, que al describir la finca afirma que la integran trece cortijos de los cuales «sólo pertenecen al causante los derechos de hierbas, agostaderos y espigas», puesto que si se tratara de un condominio sería necesario que constasen en el Registro otras facultades no comprendidas en el título inscrito.

C) Al ser titular el recurrente de un derecho real limitado, es anómalo que tal derecho tuviese directamente acceso al Registro y sirviera para abrir hoja o folio, con virtualidad inmatriculadora, a través de un procedimiento tan escueto como el del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, porque excepto en el caso regulado por el artículo 377 de su Reglamento para el dominio dividido, siempre deberá inscribirse previamente el dominio para inmatricular fincas en el Registro, por lo cual los artículos 176 y 312 del mismo Reglamento atribuyen a los titulares de derechos reales limitados la facultad de poder promover la inscripción de los inmuebles, y la practicada a favor del recurrente con las características señaladas, no puede ampliarse, como ahora se pretende, sin cumplir previamente todas las exigencias legales (Res. de 7 de octubre de 1963. «B. O.» del 5 de noviembre).

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS

A cargo de Juan José BERNAL QUIROS, Justino FERNANDEZ DUQUE, Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo J. GOMEZ YSABEL, Rafael IZQUIERDO, Ramón LOPEZ VILAS, José M.ª PEÑA, José PEREZ VEGA, José PERE RALUY y Urbano VALLERO AGUNDEZ, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LEGISLACIÓN DE TASAS: CARÁCTER ADMINISTRATIVO: EFICACIA CIVIL: *La legislación intervencionista dictada para evitar el acaparamiento de productos vitales, el agio inmoderado sobre ellos en circunstancias excepcionales y, en general, los ilícitos contubernios para alterar el precio de las cosas explotando su escasez o dificultad de adquisición, es de carácter administrativo y corresponde a las autoridades de este orden determinar en cada caso la existencia de la infracción y la sanción cuando proceda; para que en la contratación civil tenga repercusión la infracción de la legislación de tasas es requisito previo que la Administración haya declarado la existencia de tal vulneración y que no concurra compensación de culpas entre los contratantes.*

PRECIO SUPERIOR AL DE TASA: COMPENSACIÓN DE CULPAS: *Aun cuando la venta de alcohol hubiera tenido lugar por precio superior al de tasa, lo que no se prueba, siempre resultaría que la venta no fue denunciada por el comprador, quien incurrió en compensación de culpas, ni fue declarada tal ni sancionada por la Administración, y el contrato fue consumado habiendo el comprador, hoy recurrente, revendido a su vez la mercancía y cobrado su importe.*

TRANSAKCÓN: *El contrato transaccional puede contener estipulaciones diversas de las del contrato inicial que dio lugar a las diferencias, como, por ejemplo, la indemnización de responsabilidades civiles derivadas de una causa criminal, y de los gastos de la querella de la que se apartó por la transacción.* [S. 21 de junio de 1963; no ha lugar.]

En 1946 se celebra un contrato de venta de alcohol, y tres años más tarde un contrato de transacción para resolver diversas diferencias entre las partes derivadas fundamentalmente de la falta de pago de parte del precio de aquella venta. El comprador pide la nulidad de la transacción, entre otros motivos, por ser nulo de pleno derecho el contrato de venta, ya que el precio fue superior al de tasa. El T. S. aprovecha la ocasión para pronunciarse sobre la eficacia civil de la legislación de Tasas.

Aunque el tema ha perdido casi toda su actualidad, debe reconocerse que

de la jurisprudencia del T. S. no resulta con claridad cuál sea el régimen jurídico de los negocios que infringen la legislación de tasas. En el Código italiano de 1942, el precio legal sustituye al fijado por las partes conforme al artículo 1.339; solución que critica RUBINO, *La compravendita*, Milano 1952, página 211, por entender que el respeto a la autonomía privada exigiría declarar, más bien, la nulidad del contrato. En nuestro Derecho la sentencia de 27 de octubre de 1956 (en *ADC* 1957, p. 283) estableció que la nulidad puede declararse de oficio. Ahora bien ¿cómo se compagina esta doctrina con la sentada con la precedente sentencia que viene a establecer a modo de una prejudicabilidad administrativa? También hay inseguridad sobre el elemento del negocio afectado de vicio en el caso de contratos que infringen las leyes de Tasas; en la sentencia que anotamos parece sobreentenderse que son negocios con causa ilícita; pero si se trata de nulidad absoluta por infracción del art. 4.^o del Código civil ¿no será el negocio en su conjunto el que viola la ley?

La compensación de culpas ya fue tenida en cuenta en la sentencia de 24 de abril de 1956 cfr. *ADC* 1956, p. 1427). (G. G. C.)

2. ACTOS PROPIOS: *Se va en contra del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, al impugnar la calificación de subarriendo dada a la ocupación, cuando los mismos recurrentes manifestaron, en el procedimiento del art. 41 L. H., que su título de ocupación derivaba de un subarriendo, subarriendo que también fue alegado y probado en estos autos por los recurrentes.* [S. 19 de enero de 1963; desestimatoria.]

3. TÍTULO NOBILIARIO: RENUNCIA DEL RELIGIOSO PROFESO: *La renuncia que acorde con la prohibición del canon 515 del Código de Derecho Canónico hacen los religiosos en razón a la perfección a que aspiran, no comprende la del ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento del mejor derecho genealógico al uso y posesión de determinado título.*

MEJOR DERECHO GENEALÓGICO: *Reconocido por ambas partes que fue poseedor legal de la dignidad nobiliaria controvertida un ascendiente común, procede declarar el mejor derecho genealógico de la actora, que desciende por línea directa de «varón primogénito», mientras que la demandada desciende de «hembra segundona», de conformidad con la ley 2.^a, tit. 15, Partida 2.^a, en cuanto establece la preferencia de línea, sin dar paso al mejor grado de parentesco mientras no se extinga la línea directa.* [S. 3 de mayo de 1963; no ha lugar.]

El primer inciso del canon 515 dispone: «Se prohíben los títulos de dignidades u oficios meramente honoríficos». La actora había profesado en el Convento de la Encarnación, de las Carmelitas Descalzas de Avila. La sentencia alude, sin entrar en él, al problema del posible perjuicio de los hijos afectados por la renuncia de la madre y que haría ineficaz la renuncia a tenor del párrafo 2.^o del art. 4.^o C. c.

4. TÍTULOS NOBILIARIOS: LEY DE SUCESIÓN: *El cambio de titular de una merced nobiliaria por fallecimiento de su beneficiario se rige, en primer lugar,*

por lo dispuesto en la carta fundacional, y, en su defecto, con arreglo al orden legal establecido para la sucesión de la Corona, según los principios de primogenitura y representación con preferencia de línea, grado, sexo y edad; orden de suceder distinto del señalado para los bienes y que no puede ser alterado por el poseedor del título ya que el sucesor se considera que lo es del fundador y no del último tenedor, razón por la cual no existe límites en los llamamientos y sólo se admite el derecho de representación en la familia legítima.

DERECHO DE LOS HIJOS LEGITIMADOS POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO: Tanto en la legislación histórica, como en la vigente, se equiparan a los legítimos, incluso en cuanto a los títulos nobiliarios, a menos que se les excluya expresamente de la carta fundacional, según declara la ley 1.º, tít. 13, Partida 4.º, y sentencias de 4 de diciembre de 1866, 31 de mayo de 1912, 22 de diciembre de 1913 y 22 de diciembre de 1922, entre otras.

DERECHO DE LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS Y LEGITIMADOS POR CONCESIÓN REAL: Carecen de derecho a suceder en los títulos nobiliarios, según declaró ya la sentencia de 5 de julio de 1960. [S. 26 de junio de 1963; no ha lugar.]

5. TÍTULO NOBILIARIO: PROXIMIDAD DE PARENTESCO: La determinación de la mayor proximidad, en línea y grado, de quienes litigan, con el primero y último poseedores legítimos, constituye una cuestión de hecho; el actor que acredita ser parente colateral en noveno y décimo grado con los primeros poseedores del título ostenta mejor derecho que los demandados, que lo son sólo, respectivamente, en décimo y undécimo, y undécimo y duodécimo.

DEMANDADO REBELDE: El demandado rebelde que al evacuar el escrito de conclusiones alega extemporáneamente un nuevo entronque genealógico, infringe el art. 670 L. e. c. y quebranta el principio de igualdad de la defensa. [S. 5 de octubre de 1964; no ha lugar.]

6. PRUEBA: PARTIDAS DE BAUTISMO: Las partidas de bautismo de los causantes de los litigantes hacen prueba plena de su contenido al tener antigüedad de más de treinta años, conforme al párr. 2.º del art. 1.221 C. c.; la omisión de la circunstancia de si viven los abuelos paternos es instrascendente a efectos de la prueba de la fecha de recepción del sacramento del bautismo.

TÍTULO NOBILIARIO: REHABILITACIÓN: Las rehabilitaciones no constituyen una nueva gracia de la merced nobiliaria, sino una reavivación de la antigua que caducó, sometida a las misras reglas y orden de suceder que ella, y se otorgar siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, correspondiendo a los Tribunales señalar este último.

POSESIÓN CIVILÍSIMA: DERECHO PREFERENTE: La posesión civilísima, si bien corresponde esencialmente y con exclusión de todo otro al mayorazgo con derecho absoluto, al óptimo, sin embargo, cuando éste falta o no lo esgrime, es asumido por los sucesores en el derecho a la gracia, por el orden de la

ramientos instituido en la concesión, con la debida preferencia de línea y de grado. [S. 3 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

7. DERECHO DE RETORNO, LEGAL Y CONVENCIONAL: *El derecho de retorno derivado del ejercicio por el arrendador de la causa segunda de denegación de prórroga, puede tener su origen, tanto en el cumplimiento de lo preceptuado en la LAU, como en un pacto convencional libremente concertado entre los interesados, al margen de los preceptos de la LAU, pero en armonía con los mismos, cuando tal derecho hubiera feneido por cualquier circunstancia y los contratantes desearen revivirlo por medio del consentimiento, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.*

DERECHO DE TRASPASO DEL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Este derecho, está tan íntimamente ligado al de arrendamiento, que sólo puede separarse de él a través de un pacto que explicitamente implique su renuncia, en armonía con lo dispuesto en el art. 6 de la LAU.*

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: ERROR DE DERECHO: *El error que vicia el consentimiento, consistente en el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no querida efectivamente; puede derivar de la ignorancia de una norma jurídica, y precisa para que invalide el consentimiento, que sea sustancial, no imputable a quien lo padece, y con nexo de causalidad entre el mismo y la finalidad que se pretende. El error de derecho, al producirse hallándose asistido por un letrado el que lo invoca, resulta inexcusable para invalidar el consentimiento, pues la inexcusabilidad, en estos casos, opera en relación a las condiciones subjetivas de las personas que intervienen en los negocios jurídicos. [S. 21 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Conviene leer integra la amplia fundamentación de esta sentencia en la que se desarrolla ampliamente la doctrina sobre el error de derecho en su proyección sobre el consentimiento y en la que se hace un interesante análisis de las razones que, en el caso de autos, apoyaban la tesis de la existencia de un derecho de retorno de tipo convencional.

8. SIMULACIÓN RELATIVA; LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Los herederos voluntarios como sucesores de la personalidad del causante en su aspecto patrimonial, carecen de legitimación para impugnar los contratos celebrados por aquél en los supuestos de simulación relativa.*

IURA NOVIT CURIA: INCONGRUENCIA: *En virtud del principio iura novit curia, podía el Tribunal de apelación sin incurrir en incongruencia, abordar y resolver en sentido estimatorio la excepción de falta de legitimación activa planteada en la primera instancia por el demandado, aunque no desenroscada en cuanto a su fundamento. [S. 22 de abril de 1963; no ha lugar.]*

9. CAUSA ILÍCITA: *Existe causa ilícita que invalida el contrato o acto enajenativo cuando tienen lugar transmisiones patrimoniales con la clara intención de privar de su derecho a los legitimarios.*

PRESCRIPCIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La mala fe, la posesión y el tiempo son elementos de hecho que necesariamente han de combatirse por el n.º 7.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. 4 de abril de 1961; no ha lugar.]*

10. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA E INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Mientras el quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio presupone que en determinado proceso seguido ante el órgano competente se vulnere una norma de carácter formal que puede ser clave en la defensa de uno de los litigantes, la incompetencia de jurisdicción es la ausencia de un presupuesto necesario para que al organismo jurisdiccional le esté atribuido el conocimiento de la contienda.*

La incompetencia de jurisdicción puede ser estudiada en el recurso extraordinario de revisión, aunque no hubiera sido debatida en instancia, porque las cuestiones jurisdiccionales o de ordenación del procedimiento son de carácter público y de Derecho necesario.

CAUSA: CONCEPTO: NULIDAD DE CONTRATO POR AUSENCIA E IILICITUD DE LA CAUSA: *La doctrina clásica entiende la causa como el fin que primordialmente persiguen los contratantes al concertar el negocio, acusadamente objetivo e independiente de los motivos o elementos subjetivos que revelan la intención de los contratantes en orden al fin último perseguido, que sólo cuando son tachados de inmorales o ilícitos pueden privar de validez y eficacia al vínculo creado por el acto jurídico.*

Si se entiende por causa, para cada contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no puede afirmarse su existencia real en una locación cuyo objeto, a sabiendas de los contratantes, no estaba en el patrimonio del arrendador que además carecía de la facultad para transmitir su disfrute y para recibir una renta que en forma alguna podía corresponderle, y si la causa en el contrato de arrendamiento es para el arrendador el pago por el arrendatario de una renta convenida, y se concierta el negocio sabiendo que la renta no podía ser percibida por aquella parte, pues la finca pertenecía a persona distinta, ha de convenirse que el acto carece de causa y aun con independencia de la ilicitud e inmoralidad de los motivos el contrato es nulo «in radice», inexistente por falta de uno de los requisitos esenciales exigidos por el art. 1.261 C. c.

Se llegaría también a la misma conclusión de nulidad de lo convenido si la intención de los contratantes fue convertir una relación arrendaticia preexistente, cuya vida jurídica apenas si había comenzado, en otra mucho más gravosa para la propiedad, con el ánimo manifiesto y torticero de perjudicar a los que habían adquirido la titularidad dominical, a la vez que a su costa los arrendatarios conseguían un ilícito beneficio estando, pues, ante una relación contractual con causa ilícita por oponerse el fin perseguido a los más elementales dictados de la moral que provoca inexorablemente su ineficacia.
 [S. 9 de marzo de 1963; Sala VI.]

ANTECEDENTES: Son hechos que el T. S. estima probados, los siguientes: El 25 de enero de 1930 los esposos M. S. y V. G. arriendan una finca rústica de su propiedad a D. S. y F. H. Con fecha 20 de febrero de 1961 los propie-

tarios arrendadores venden dicha finca a los hermanos G. M. en documento privado que fue elevado a público el 28 del mismo mes; pero el 27 de este mismo mes de febrero los vendedores otorgan un nuevo contrato de arrendamiento sobre la finca vendida, y a favor de los mismos arrendatarios rebajando la renta a menos de la mitad y ampliando la duración del arriendo a casi el triple del tiempo pactado primeramente.

Nota CRÍTICA: Ante este caso concreto, el T. S., como hemos visto, declara la nulidad e ineeficacia del contrato de arrendamiento celebrado el 27 de febrero de 1963 por inexistencia e ilicitud de la causa, ya se entienda ésta en sentido objetivo o en sentido subjetivo.

En el primer sentido faltaría la causa, porque al no tener el arrendatario la cosa que intenta arrendar, no podía transmitir el disfrute de la misma, ni podía recibir la renta convenida.

En el segundo sentido faltaría la causa o sería ilícita, porque sabiendo los contratantes que la finca sobre la que se contrataba pertenecía a un tercero, la finalidad era beneficiarse ellos a causa de un perjuicio ilícito para aquél.

Claro que en realidad en el caso contemplado lo que hay son estas dos cosas:

En primer lugar un contrato de arrendamiento celebrado con relación a una finca perteneciente a un tercero. Así considerado, no parece que haya nada que se oponga en su licitud y validez en su aspecto meramente contractual, y vinculante sólo, naturalmente, para los contratantes y sus causahabientes, pero no para los terceros (entre ellos el actual propietario de la finca), ya que para éstos es una "res inter alios acta" que no les afecta. Se trata de un caso completamente análogo al de la venta de cosa ajena, respecto de la cual la jurisprudencia más reciente reconoce su validez y licitud como contrato, aunque negándole los efectos traslativos propios de la compra-venta normal. En ningún sentido parece que pueda considerarse inexistente o ilícita la causa objetivamente considerada, sin perjuicio de dar la trascendencia oportuna a los motivos ilícitos e inmorales que movieran a las partes a actuar.

En segundo lugar, puesto que la intención de los contratantes era beneficiarse a costa de un perjuicio ilícito para un tercero, puede considerarse que, efectivamente, el contrato adolece de ilicitud de la causa, entendida ésta subjetivamente.

Como se habrá observado se ha partido del supuesto de venta privada consumada, o sea, con tradición, ya que aunque no lo dice expresamente la sentencia, parece desprenderse ello de varios pasajes de la misma, y además ello sería lo lógico, dada la situación en que se encontraba la finca vendida. Por lo demás, tampoco tendría decisiva importancia para la solución justa decidida por el T. S. (A. P. V.)

11. ARRENDAMIENTO URBANO: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Para que el recurso de injusticia notoria, fundado en el quebrantamiento de alguna formalidad esencial del juicio, productora de indefensión, pueda prosperar, se requiere que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en*

que se cometió, lo que no se produce cuando la resolución de la Sala denegando el recibimiento a prueba en la segunda instancia, para la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial, quedó consentida, al no haber interpuesto contra dicha resolución el recurso de súplica que autoriza el artículo 402 L. e. c.

ERROR DE HECHO: ACTA NOTARIAL: *El acta notarial, en cuanto se limita a reflejar las manifestaciones hechas ante el notario por quien después es demandado, no tiene el carácter de prueba documental, sino el de una confesión extrajudicial, siendo el documento el simple medio de justificar el hecho, es decir, la existencia de tal confesión, cuyo valor y eficacia probatoria será el que le corresponda, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.231 al 1.234 C. c., en combinación con las demás pruebas. [S. 30 de marzo de 1963; desestimatoria.]*

12. PRESUNCIOS: *Es doctrina reiterada que, cuando en el procedimiento judicial, hayan de justificarse hechos contra Ley, como son el subarriendo, cesión o traspaso inconsentido, es bastante a este fin la prueba de presunciones.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No es dable involucrar el error de hecho con la infracción de carácter jurídico, pues si bien el número 7.º L. e. c. comprende a ambos, una reiteradísima doctrina emanada de esta Sala ha establecido que la c.º 4.º del artículo 136 LAU sólo puede invocarse cuando se denuncian errores de hecho cometidos en la apreciación de la prueba y justificados por documentos o informes periciales obrantes en los autos, pero no cuando al mismo tiempo se alega una infracción de preceptos sustantivos del Código civil, como lo constituye el artículo 1.223 del mismo. [S. 7 de junio de 1963; desestimatoria.]*

13. PRESUNCIOS: ELEMENTOS: *En la apreciación de la prueba de presunciones entran en juego dos elementos que tienen en casación trato procesal distinto; los hechos básicos demostrados y el enlace preciso y directo entre éstos y el que de ellos se deduzca, juicio o raciocinio que, partiendo del hecho demostrado, sirve de puente que conduce al hecho inducido, por aplicación de las reglas del criterio humano, a las cuales alude el artículo 1.253 C. c. en forma abstracta.*

PRESUNCIOS: ELEMENTO DE HECHO: CASACIÓN: *El elemento de hecho de las presunciones puede ser denunciado por la vía del número 7.º del artículo 1.692 L. e. c., si se justifica con documento o acto auténtico la equivocación evidente del juzgador.*

PRESUNCIOS: ENLACE PRECISO Y DIRECTO: CASACIÓN: *La falta de congruencia o conexión entre lo demostrado y lo inducido puede ser denunciada en casación siguiendo el cauce del número 1.º del artículo 1.692 L. e. c.*

PRUEBA CONJUNTA: CASACIÓN: *Con el fin de evitar que los litigantes recurran en casación descomponiendo el conjunto de la prueba para analizarla en los elementos que la integran, sustituyendo el criterio del Juzgado por el suyo personal, es doctrina reiterada que por regla general no procede el recurso contra la apreciación de los hechos que la Sala sentenciadora haga en*

vista del conjunto de las pruebas practicadas por las partes. [S. 1 de febrero de 1963; desestimatoria.]

14. CARENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN PLEITO ANTERIOR: COSA JUZGADA: *Si la sentencia que puso fin al pleito anterior estimó la falta de legitimación activa, sin entrar en el fondo de la cuestión, es indudable que la cuestión allí planteada, sobre resolución del contrato de arrendamiento, no fue juzgada, por lo que no puede, en un nuevo proceso, dar lugar a la excepción de cosa juzgada.*

De estimarse lo contrario, llegaríamos a las conclusiones inaceptables, por absurdas jurídicas y legalmente, de que el demandado, que ha reconocido su personalidad de arrendatario y la autenticidad del contrato de arrendamiento, y que ha pagado y paga rentas por el mismo a la demandante, reconociendo así en ella la personalidad de arrendadora, viene a sostener que no está vinculado con nadie por virtud del contrato cuya autenticidad ha reconocido, y que en base a la sentencia resolutoria del juicio anterior, la persona a la que como arrendadora paga las rentas, no puede ejercitar ninguna acción derivada del contrato de arrendamiento. [S. 7 de mayo de 1962; desestimatoria.]

15. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES NOTORIAMENTE INCÓMODAS: *Arrendado el piso para vivienda de quien dio como profesión la de perito mercantil, y expresándose en el contrato que no se establecería pensión, comercio, industria u oficio de ningún género, sin la previa autorización por escrito del propietario o administrador, al darle el arrendatario, después de varios años de ocupación, el destino de oficina recaudadora de arbitrios municipales, sin permiso alguno del arrendador, lo hizo por su sola voluntad y no puede decirse que el piso se arrendara para oficinas o servicios del Municipio con el fin de enervar la acción de resolución por actividades que de modo notorio resultan incómodas.*

COSA JUZGADA: *Cuando en el procedimiento no recayó sentencia resolviendo la cuestión principal, sino sólo admitiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, no se produce la excepción de cosa juzgada material, debido a referirse la resolución a materias procesales que, aunque pongan fin al juicio, hacen referencia exclusivamente a la relación procesal para la que fue dictada. [S. 12 de junio de 1962; desestimatoria.]*

16. COSA JUZGADA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Son defectos formales del recurso el involucrarse en un solo motivo dos causas diferentes sin la debida discriminación de conceptos, así como el referirse a dos preceptos legales que, a la vez, se suponen erróneamente interpretados e indebidamente aplicados. [S. 27 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

Los herederos de un prestamista que había sido condenado como autor de varios delitos de usura en virtud de sentencia firme, pretenden invalidar los efectos civiles de aquélla ejercitando la acción reivindicatoria sobre varias fincas, invocando como título las escrituras que fueron declaradas si-

muladas por encubrir un préstamo de aquella especie. La demanda es desestimada en ambas instancias, incluso con imposición de costas al actor, por concurrir la excepción de cosa juzgada. El T. S. rechaza el recurso por defectos formales, no sin poner al descubierto la verdadera finalidad perseguida y consistente en «hacer una verdadera revisión de un juicio criminal y de la sentencia en el mismo recaída, y de las diligencias para su ejecución, sin hacer uso del recurso extraordinario procedente y por vía inadecuada» (considerando 1.º). Parece correcta la aplicación de la excepción de cosa juzgada, naturalmente de carácter civil. La condena por un delito de usura de los artículos 542 y ss. del Código penal permite ejercitarse la acción civil para la restitución, conforme a los artículos 101 y 102, incluso aunque las acciones civiles (por ejemplo, para retraer convencionalmente) hayan prescrito (G. G. C.).

17. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN DEL USUFRUCTUARIO: *El usufructuario de una finca arrendada se halla legitimado para pedir la resolución del contrato de arrendamiento.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: FUNDAMENTO: INICIO DEL PLAZO: *La prescripción descansa, no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino sobre una presunción de abandono de los mismos, por parte de su titular. Para que entre en juego esta institución basta la inacción del titular del derecho durante el tiempo marcado por la Ley, pero para el término del plazo de prescripción, debe computarse el tiempo en que pudieron ejercitarse. La prescripción de la acción resolutoria de arriendo, por transmisión inconsentida, no puede tener lugar ante una situación que ocultada por los interesados viene siendo desconocida por el arrendador hasta tanto no sea exteriorizada. La fecha de exteriorización de la transmisión es la de inicio de la acción de prescripción.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *La equivocada apreciación de la prueba, para que sea motivo de injusticia notoria, ha de ser manifiesta y acreditarse por la prueba documental o pericial, y ello, por percepción directa y de manera contraria a como lo ha entendido la sentencia. Un hecho de la contestación a la demanda no tiene el carácter de documento probatorio a efecto de la impugnación de la apreciación de la prueba.* [S. 11 de junio de 1963; no ha lugar.]

18. PRESCRIPCIÓN: NO EXPRESIÓN DE ACCIONES Y EXCEPCIONES: INCONGRUENCIA: Al igual que no es preciso expresar en la demanda la clase de acción que se ejercita, salvo que por ella se haya de determinar la competencia, tampoco es indispensable que en la contestación se especifique cuáles son las excepciones que se oponen, bastando que se deduzcan de los hechos alegados.

APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *No cabe descomponer los elementos probatorios apreciados conjuntamente por el Tribunal, para llegar con ello a conclusión diferente de la de éste.* [S. 14 de diciembre de 1962; desestimatoria.]

NOTA: Se pedía la resolución del arrendamiento por cesión inconsentida. La demanda se desestimó por haber prescrito la acción para pedir la resolución. El recurrente, en el primer motivo del recurso, pretendía que no se pudo reconocer la prescripción por no haber sido alegada ésta en tiempo

y forma, requisito *sine qua non* para que pueda prosperar la prescripción, a diferencia de la caducidad. El T. S. expone la doctrina transcrita en el primer extracto, añadiendo: "Y siendo así que los dos nominativamente demandados, en su escrito de contestación a la demanda, alegaron que la cesión se llevó a efecto en 1 de enero de 1932, y que desde esa fecha y a lo largo de veintiséis años la propiedad del local de autos ha permanecido inactiva, sin utilizar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, hasta que lo ha hecho al formular en el año 1958 la demanda inicial de este pleito, es visto que, necesariamente, ha de entenderse que se ha opuesto la excepción de prescripción de la acción, y por ello, que la Sala sentenciadora, al estimarlo así, no incurre en incongruencia." (J. G. Y.)

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA; IDENTIDAD DE LA COSA: *Para el éxito de dicha acción es necesaria la identidad de la cosa reivindicada, entendida en el sentido de que la misma, tal como aparece en el mundo exterior es aquella a que se refiere el título que alega el reivindicante.*

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *No encaja en el ámbito del artículo 348 C. c. la acción tendente a entrar en posesión el reclamante de lo que en virtud del contrato debió entregársele, y no se le entregó al consumar el mismo.* [S. 2 de mayo de 1963; no ha lugar.]

2. USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: *Tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria se exige que la posesión sea en concepto de dueño, de conformidad con el 447 y 1.941 C. c., la posesión en concepto de dueño no se presume.*

USUCAPIÓN ORDINARIA: JUSTO TÍTULO: ART. 1.952 C. c.: *El justo título exigido para la usucapión ordinaria es aquél que por su naturaleza sea capaz de producir la transmisión del dominio, aunque adolezca de algún defecto o vicio que afecte a la facultad de disponer, pues precisamente para subsanarlo existe la prescripción.*

USUCAPIÓN ORDINARIA: TÍTULO VERDADERO Y VÁLIDO: ART. 1.953 C. c.: *Si la validez y verdad del título tuvieran que ser tan absolutas como el texto literal del 1.953 parece indicar, sobraría el instituto de la usucapión que, precisamente, sirve para justificar los defectos del título.* [S. 4 de julio de 1963; no ha lugar.]

NOTA: No se pronuncia esta Sentencia de una manera clara sobre el importante problema de qué ha de entenderse por «título válido» y cuáles sean los vicios de que puede adolecer el título, sin que deje de ser válido a efectos de la usucapión. Habla de vicios «que afectan a la facultad de disponer», dando a entender que son éstos los únicos que la usucapión puede purificar, siguiendo la doctrina dominante.

Hernández-Gil incluye también cualquier clase de vicio siempre que el título reúna los requisitos del 1.261; así defectos de capacidad y vicios del consentimiento (art. 1.300 C. c.) (J. M. P.)

3. POSESIÓN INMEMORIAL: *La posesión inmemorial supone un modo de adquirir por usucapión.* [S. 11 de junio de 1963; no ha lugar.]

4. AGUAS PÚBLICAS: ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN: *No pueden adquirirse por prescripción de veinte años las aguas públicas no poseídas en concepto de dueño, y cuya posesión fue adquirida por medios violentos.* [S. 30 de marzo de 1963; no ha lugar.]

5. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, ACTOS DE DISPOSICIÓN: *Constituye acto de disposición refiriéndose por tanto la unanimidad en caso de condonación, la venta del total arbolado de una finca, sin obligación alguna de repoblar, por lo que queda el suelo prácticamente improductivo.*

COMUNIDAD: ACTOS DE "ADMINISTRACIÓN Y MEJOR DISFRUTE": APLICABILIDAD ANALÓGICA DEL 485 C. C.: *Aunque el 485 regulador del usufructo de un monte tallar, no sea aplicable al caso de un monte en comunidad (y para saber si el acto realizado es o no de «administración y mejor disfrute» de la cosa común) dado el principio de conservación en que el citado artículo se inspira, ofrece bases para la apreciación de lo que debe entenderse por «mejor disfrute».* [S. 26 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

6. POSEEDOR: GASTOS NO NECESARIOS: MALA FE: *No pueden considerarse como gastos necesarios, a efectos de su reintegro, según artículo 453 C. c., los realizados por el arrendatario para seleccionar los minerales de las tierras, al no estar autorizados por el contrato, que, al fijar el derecho a su utilización, fijó también la obligación de conservar la cosa y restituirla al momento de la extinción del arrendamiento, y, aunque se considerasen como gastos útiles, tampoco cabe el reintegro, teniendo en cuenta el comportamiento ilícito del arrendatario, al disponer de cosa ajena, con flagrante abandono del deber de conservarla.* [S. 30 de abril de 1962; desestimatoria.]

NOTA: En el contrato de arrendamiento se había estipulado que el arrendatario podía «disponer, mientras dure el contrato, de las terreras y servicio de lava existentes dentro de la demarcación...». La interpretación del contrato giró en torno a si el término «disponer», en el sentido del contrato celebrado, entrañaba la apropiación, por parte del arrendatario, de las tierras —que eran procedentes de un explotación anterior a la suya— o bien, suponía sólo el derecho de usar de ellas para los trabajos de investigación del subsuelo, con la obligación de devolverlas al terminar el contrato. El arrendatario retiró primero y enajenó después las terreras.

7. SERVIDUMBRE: ART. 541: *Si se dan los presupuestos del art. 541 C. c. no es obstáculo para que la servidumbre continúe el que se vendiera la finca libre de cargas y gravámenes.*

COMUNIDAD DE AGUAS: *Si bien no puede haber comunidad en el dominio de las aguas públicas, si puede haberla en el aprovechamiento, conforme al 392 Código civil que habla de que la propiedad «de un derecho» pertenezca propiamente a varias personas.* [S. 5 de enero de 1963; no ha lugar.]

8. DOBLE INMATRICULACIÓN: IMPORTANCIA: *La doble inmatriculación supone una anomalía de tal magnitud que hace quebrar los principios básicos de fe pública y legitimación, sobre los que descansa nuestro sistema inmobiliario.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: NECESIDAD DE RESOLVER LA COLISIÓN POR LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL: *Si hay dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, se neutralizan los efectos de ambas inscripciones, habiendo de acudir para resolver la pugna y determinar qué inscripción ha de prevalecer, a las reglas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria, como se deduce del 313 R. H.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: BUENA FE DE TERCERO: *La «fides pública» que proclama el Registro de la Propiedad y la buena fe que requiere la cualidad de tercero hipotecario, operan a base del desconocimiento de la inexactitud registral, que no puede existir cuando la propia oficina inmobiliaria la pone de relieve, como sucede en los casos de doble inmatriculación.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: PREVALECE LA PRIMERA INSCRIPCIÓN: *La inscripción del recurrente, pese a su condición de tercero, no puede gozar de prevalencia frente a la anteriormente practicada, tanto en virtud del principio «prior tempore, potior in iure» (acogido por los arts. 24 y 25 L. H. y 1.473 C. c.); como porque si la inscripción anterior pudiera quedar invalidada por una posterior y la posible aparición de un tercero, se resentiría la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario que emana del Registro.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: USUCAPIÓN "SECUNDUM TABULAS": *Otra razón para que prevalezca la primera inscripción (en el caso concreto de la Sentencia) es que el título del primer inscribiente, también tercero hipotecario, está protegido por la presunción posesoria del art. 38 L. H. (S. de 4 de mayo de 1950) y por la usucapión "sucundum tabulas" a que se refiere el art. 35 L. H. en relación con los arts. 1.957 y 1.959 del C. c. [S. 17 de junio de 1963; no ha lugar.]*

COMENTARIO: Se enfrenta una vez más nuestro T. S. con el problema de la doble inmatriculación, sentando en este caso una doctrina que se contradice a sí misma. Por un lado dice que ambas partes tienen la condición de terceros hipotecarios, neutralizándose los efectos de ambas inscripciones y habiendo de resolverse el problema con arreglo a las normas del Derecho civil puro (así Ss. 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953, 10 de febrero de 1962 y 17 de enero de 1963). Pero después dice que la buena fe que requiere la cualidad de tercero hipotecario presupone el desconocimiento de la inexactitud registral, desconocimiento que no puede existir cuando la propia oficina inmobiliaria lo pone de relieve, como sucede en los casos de doble inmatriculación. O sea, que el que adquiera una finca doblemente inmatriculada no tiene buena fe. Si esto fuera verdad el problema de la doble inmatriculación quedaría casi siempre resuelto, pues nunca podría haber terceros hipotecarios posteriores a la doble inmatriculación.

Decíamos que el T. S. se contradice en esta sentencia: en efecto, así ocu-

rre, pues dice que ambas partes son terceros hipotecarios, y según la doctrina que sienta respecto de la buena fe, debería concluir que el que adquirió después de la doble inmatriculación no lo es.

Creemos que no puede sostenerse que en la doble inmatriculación, como la inexactitud la constata el registro debe entenderse que es conocida de todo adquirente, lo cual le privará de buena fe. Y no puede sostenerse porque en nuestro Derecho se sigue el sistema del folio real, para cada finca un folio. El tercer adquirente deberá atenerse al folio que contiene la finca que adquiere, pero no a todos los folios del Registro. Respecto de aquel folio si podrá presumirse que conoce todo su contenido, pero no respecto de todos los demás. Si prescindimos de esa parte de la sentencia, en lo demás sienta la doctrina correcta: los dos son terceros, los efectos de ambas inscripciones se neutralizan y hay que decidir conforme al Derecho civil puro.

Por último queremos aclarar que la doctrina que sienta respecto a la preferencia de la primera inscripción, y a la «usucapión secundum tabulas» vale sólo para el caso concreto contemplado por la misma. (J. M. P.)

III. Derecho de obligaciones.

1. OBLIGACIÓN NATURAL: *Mientras se ocupe una cosa cualquiera por consecuencia de un título de arrendamiento, aunque el título se hubiera extinguido no puede permitirse que se aproveche esta situación para producir un enriquecimiento injusto, por lo que si la indemnización procedente por obligación natural sería la correspondiente al valor de la renta conocida, nada más lógico que considerar como pago voluntario de dicha indemnización el importe de los recibos.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es materia (el contrato de arrendamiento urbano) que por su contenido gravemente limitativo del derecho de dominio hay que interpretar de una manera restrictiva.*

INTERPRETACIÓN PÁRRAFO 3.º ART. 60 LAU: *Las transmisiones que se causen con posterioridad a la primera subrogación, en el contrato de arrendamiento de local de negocio, motivada por el fallecimiento del arrendatario, no pueden ser otras que aquéllas que se efectúan con el consentimiento del arrendador. La transmisión que se cause con posterioridad a la primera subrogación en el contrato de arrendamiento de local de negocio no se trata de una institución jurídica regulada e impuesta por la Ley, sino de un nuevo negocio jurídico. [S. 10 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

2. COMPETENCIA: PRÉSTAMO: ABONO POR BANCO: *Este contrato, por ser de naturaleza real, no se perfecciona sin la entrega por el mutuante al prestatario de la cosa objeto del préstamo, por lo que la competencia debe ser resuelta en favor del Juzgado de la localidad en la que se abonó por el Banco la cantidad prestada al demandado.*

LUGAR DEL PAGO: COSA DETERMINADA: *El art. 1.171 C. c. dispone que, no ha-*

biéndose expresado nada en la obligación, y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación, entendiéndose por cosa determinada, no la que lo está solamente por el género, número y cantidad, sino que ha de ser la cosa misma, en su propia individualidad y no en función de cosa fungible. [S. 8 de mayo de 1962.]

3. CONTRATO CON PRECIO EN MONEDA EXTRANJERA A PAGAR A EXTRANJERO: VALIDEZ: *No afecta a la validez del contrato el hecho de pactarse el pago en moneda distinta de la de curso legal en España, a no ser que se demuestre que lo convenido tuvo por única finalidad la de que el pago se efectuase en la forma prohibida, sustrayendo fraudulentamente disponibilidades monetarias con el consiguiente daño a la economía nacional.*

CONTRATO CON PRECIO EN MONEDA EXTRANJERA A PAGAR A EXTRANJERO: CUMPLIMIENTO: *Si no es posible hacerlo en la moneda pactada, por no haber obtenido autorización o por otra causa, deberá hacerse en la moneda de curso legal en España, en virtud del 1.170 C. c. que no distingue entre causas de imposibilidad.*

LUGAR DEL PAGO: ART. 1.171 C. c.: *Con las palabras «en cualquier otro caso» el 1.171 C. c. se refiere tanto al caso de no constancia en el título del lugar del pago, como al caso de que, habiéndose previsto éste, sea en ese lugar imposible o circunstancialmente vedado hacerlo, por alguna disposición legal. [S. 6 de abril de 1963; no ha lugar.]*

4. NOVACIÓN: *En la novación regulada en el C. C., sea extintiva o modificativa, al igual que en las nuevas formas doctrinalmente admitidas y que vienen a sustituirla, es fundamental el predominio de la voluntad sobre todas las circunstancias formales, de tal manera que debe entenderse siempre producida con el alcance y límites que las partes se propusieron.*

NOVACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La declaración de incompatibilidad de las dos obligaciones y la determinación de los hechos en que se basa la estimación de la novación, corresponde al Tribunal de instancia, y sólo es combattible por el número 7.º del art. 1.692 LEC. [S. 20 de enero de 1961; no ha lugar.]*

5. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CASACIÓN: *Puede interponerse recurso de casación al amparo del 1.692, 1.º LEC alegando la infracción de los artículos 1.281 y ss. del C. c. [S. 11 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

6. IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DADA: *La calificación de local de negocio, dada al contrato por el Tribunal, no puede impugnarse por la vía 1.ª del artículo 136 LAU, que se refiere a incompetencia de jurisdicción, sin atacar la interpretación dada al contrato, a la luz de los artículos del Código civil que rigen la materia, por lo que, al quedar en pie su calificación de local de negocio, es evidente que se encuentra regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos. [S. 9 de noviembre de 1961; desestimatoria.]*

7. APROVECHAMIENTO DE AGUAS: INTERPRETACIÓN DE CONVENIO: AGUAS SOBRANTES: *El derecho a disfrutar de aguas sobrantes no puede interpretarse en el sentido de extenderse a una participación inequívoca fijada en función del total caudal en su origen, sino que se reduce al de las aguas que deben llegar a sus térrenos después de haber regado los suyos los demandados.*

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: *Esta cláusula templá equitativamente, en atención a circunstancias extraordinarias y en contratos de ejecución diferida, la excesiva onerosidad del obligado en el caso de solicitarse una disminución de las prestaciones que los recurrentes contrajeron, pero nunca puede construirse por los órganos jurisdiccionales una nueva convención distinta de la libremente pactada, sustituyendo la voluntad de los contratantes y disponiendo de sus derechos por la sola razón de que el simple correr del tiempo y la incessante modificación de hechos y circunstancias haría podido producir una alteración en los valores recíprocamente tenidos en cuenta al celebrar la convención.*

ABUSO DE DERECHO: *No cabe aplicar esta doctrina cuando la sentencia se limita a declarar el derecho de los propietarios de aguas arriba a aprovecharlas sin abuso, correspondiendo las sobrantes a los propietarios inferiores.* [S. 26 de marzo de 1963; no ha lugar.]

8. OBLIGACIONES SOLIDARIAS: PODER INSUFICIENTE: *Habiéndose obligado solidariamente al cumplimiento de un contrato el marido en su propio nombre y en el de su mujer, y declarada la nulidad del contrato respecto de ésta por haber aquél traspasado los límites del mandato, no cabe extender al marido los efectos de la obligación en la parte que corresponderían a su mujer, sin perjuicio de su responsabilidad por haber traspasado tales límites o de las acciones que contra ella puedan corresponderle.*

CONTRATO ATÍPICO: ARBITRIO DE UN TERCERO: MINUTA DE LETRADO: *Es acertado calificar de innombrado, atípico, mixto o *suí generis*, como hace el Tribunal a quo, el contrato por el cual las partes autorizan a un tercero, la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados, para dirimir las diferencias que las separan respecto de la minuta presentada por una de ellas por la dirección de un pleito anterior en favor de la otra, aceptando su decisión como inapelable y comprometiéndose a abonar la cantidad que se señale en el plazo que fije la Junta, todo ello con fuerza ejecutiva conforme al núm. 1.º de los artículos 1.429 y 1.435 LEC. ya que tales pactos no encajan en ninguno de los Contratos del Libro IV del C. C. [S. 13 de octubre de 1962; ha lugar.]*

9. DONACIÓN INOFICIOSA: *Si la donación de determinadas fincas fue hecha por el padre en favor de las hijas ahora demandadas por sus hermanas, en reciprocidad de la renuncia que las mismas hicieron a favor de aquél en la herencia de la madre, es indudable que no las recibieron las donatarias a título lucrativo y, por tanto, no tiene que computarse tal donación en la regulación de las legítimas para su declaración como inoficiosas. [S. 27 de abril de 1961; no ha lugar.]*

10. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE APAREJADOR: OBJETO CIERTO: *El contrato por el que se designa a un aparejador para intervenir profesionalmente en la construcción de un grupo de viviendas en el solar que se describe, no carece de objeto por el mero hecho de que en aquel momento sólo existía el anteproyecto, pues objeto del contrato son los servicios a prestar, los cuales aparecen perfectamente determinados, y el proyecto sólo influye en el importe de los honorarios, no en el derecho a percibirlos.*

CAMBIO DE DUEÑO DE LA OBRA: *El Arquitecto que contrató los servicios de un aparejador viene obligado a remunerarlos aunque posteriormente enajene los solares continuando de Director de la obra, pues tal cambio no lo comunicó al aparejador que siguió prestando sus servicios.*

INTERESES MORATORIOS: CANTIDAD LÍQUIDA: *Cuando no se discute la cuantía de la cantidad reclamada, ésta es líquida, por lo que la morosidad del recurrente hace procedente la condena al pago de intereses a tenor del art. 1.108 Código civil.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Al agravar la Audiencia la condena dictada en primera instancia, no existe conformidad entre ambos fallos, por lo que constituido el depósito ad cautelam, procede acordar su devolución.*

RECURSO DE CASACIÓN: REQUISITOS: *El carácter legalista del recurso de casación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º En homenaje al principio de unidad de doctrina es rechazable el que se funde en preceptos administrativos; 2.º Es ineficaz el planteamiento de cuestiones nuevas; 3.º Es ineficaz combatir los considerandos que no constituyen premisa obligada o antecedente necesario del fallo; 4.º Ha de invocarse no sólo la norma infringida, sino el concepto y el motivo, y 5.º El principio de la inmutabilidad del hecho quiebra en la admisión del error de hecho que resulte de documentos auténticos. [S. 26 de septiembre de 1963; no ha lugar.]*

11. DERECHO REGULADOR DE LOS ARRIENDOS URBANOS: NATURALEZA DE LAS NORMAS: *Si bien en la esfera de los arrendamientos urbanos existen abundantes normas de derecho necesario creadoras de derechos subjetivos, ello no significa que la totalidad de las materias tenga ese carácter, pues se regulan derechos renunciables y, por otra parte, lo que no cabe es la renuncia previa, pero si la subsiguiente, o sea, la que tiene lugar después de adquirido el derecho, mediante su incorporación al patrimonio del arrendatario.*

ARBITRAJE DE DERECHO Y ARRENDAMIENTOS URBANOS: *En el supuesto de renuncia de derechos ya adquiridos, mediante su incorporación al patrimonio del arrendatario los problemas divergentes entre ambos términos de la relación jurídica pueden someterse a la decisión arbitral propiamente dicha, con todas las consecuencias legales, así de sede jurisdicente como de orden procesal.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *El cambio de una puerta de entrada al edificio destinado a local de negocio, por un escaparate, modifica la configuración de la cosa arrendada y es causa de resolución del arriendo.* [S. 26 de noviembre de 1962; ha lugar.]

NOTA: Se trata de una sentencia dictada en recurso de casación interpuesto contra la sentencia de un árbitro —arbitraje de derecho—. A la vista del artículo 120 de la LAU y de la jurisprudencia que excluye, en general, el desahucio, de la esfera competencial de los árbitros, resulta muy difícil considerar competente a un árbitro para conocer de una demanda resolutoria. En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal Supremo, a pesar de que pudo apreciar de oficio la incompetencia del órgano *a quo*, ha pasado por alto tal extremo y ha abordado la censura, en cuanto al fondo, del laudo arbitral, resolviendo la cuestión en sentido contrario al árbitro, que había estimado que el cambio de puerta por escaparate no constituía cambio de configuración de alcance resolutorio. (J. P. R.)

12. RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA: ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO: *Para que pueda estimarse la infracción del art. 1.092 C. c. al condenar en el pleito civil a una indemnización como consecuencia de un hecho delictivo, habiendo tenido lugar por razón del mismo un juicio de faltas en el que recayó sentencia condenatoria, es necesario demostrar que en dicha sentencia se había decidido sobre la responsabilidad civil del condenado, con plena eficacia jurídica para los herederos de la víctima y actores civiles, que no fueron parte en él.*

*Al art. 112 L. E. Cr., al decir que al ejercitarse por el Ministerio Fiscal la acción penal se entiende también ejercitada la civil, establece una presunción *ius tantum* que, por tanto, admite prueba en contrario.*

COSA JUZGADA: SENTENCIA PENAL ANTERIOR: *No existe conforme al art. 1.252 Código civil si en el proceso penal en que recayó la solución que se esgrime como constituyente de cosa juzgada no intervinieron los herederos de la víctima y hoy actores civiles que ni fueron citados, ni comparecieron, ni se les notificó la sentencia del Juzgado Comarcal, sin que su personalidad la asumiese el Ministerio Fiscal que en la apelación ante el Juzgado de Instrucción se limitó a pedir la confirmación de la sentencia del Comarcal en la que se había reservado a aquéllos el ejercicio de la acción civil.*

RECURSO DE CASACIÓN: NORMAS PENALES Y PROCESALES: *Las disposiciones de carácter penal no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley en lo civil, como tampoco las pertenecientes al procedimiento criminal, salvo que se trate de los arts. 111 y 114 L. E. Cr.* [S. 23 de junio de 1961; no ha lugar.]

El recurrente fue condenado en juicio de faltas por una de imprudencia simple sin infracción de reglamentos como consecuencia de un hecho que originó la muerte del padre y esposo de los que en el proceso civil posterior han demandado una indemnización, a la pena correspondiente y a una indemnización a los herederos de la víctima, inferior desde luego a la que en el juicio civil éstos han solicitado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de indemnización, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia, y el Tribunal Supremo declara no haber

lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado condenado con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada. Hay que señalar que en el procedimiento penal, los actuales demandantes no tuvieron ninguna intervención, aunque se les instruyó del derecho que establece el artículo 109 L. E. Cr. La argumentación principal del demandado giraba en torno al artículo 112, p.º 1.º L. E. Cr. "Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renuncie o la reservase expresamente para ejercitárla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar", en relación con el 108, «La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renuncie expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

13. CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR MUERTE: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL HEREDERO VOLUNTARIO: *No puede darse a una indemnización de daños y perjuicios por muerte cuando no se accredita la legitimación activa del recurrente para accionar como heredero de la causante, y cuando tampoco ha probado la dependencia económica respecto de la misma, fuese actual o en potencia, que justifique un perjuicio propio indemnizable.*

PRUEBA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: *El testamento ológrafo no demuestra por si mismo la cualidad de heredero del accionante; este documento debió ser presentado con el escrito de demanda y no con el de réplica.*

COMPENSACIÓN DE CULPAS: *La jurisprudencia viene admitiendo reiteradamente la compensación parcial de culpas en atención al grado de culpabilidad. [S. 24 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

El actor reclama daños y perjuicios que se le ocasionaron al sufrir un accidente el coche que conducía en el cruce de un paso a nivel; en el accidente fallece su acompañante, la cual había otorgado testamento ológrafo en favor del actor. La sentencia de la Audiencia estima la demanda en cuanto a los daños propios, pero no los reclamados en calidad de heredero voluntario. El T. S. al rechazar el recurso ofrece una doble argumentación para declarar la improcedencia de dicha reclamación: 1.º) El actor no ha justificado en el momento procesal oportuno su cualidad de heredero, 2.º) Tampoco ha justificado el perjuicio propio. La solución es de aprobar porque no tratándose de un heredero forzoso, no hay los motivos de equidad para conceder una indemnización sin más base que la presunción del daño. Sobre la evolución de la jurisprudencia española en la materia y su crítica, vid. DE CASTRO, *La indemnización por causa de muerte* en ADC 9 (1956), 449 ss., especialmente p. 488 ss. (G. G. C.)

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE LA EXPLOTACIÓN DE UNA CONCESIÓN MINERA: EFECTOS CIVILES DEL CONTRATO: EFECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS: *El contrato por el que la empresa concesionaria de una explotación*

minera cede ésta a los trabajadores, a cambio de la entrega, por éstos, a la entidad concesionaria de parte de los productos extraídos, produce efectos civiles entre las partes, con independencia de que se omitiera en su otorgamiento, el cumplimiento de requisitos exigidos por la legislación administrativa (la aprobación del contrato por la Administración).

RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *La acumulación, en un solo motivo, de dos fundamentos diferentes, supone falta de precisión y claridad, máxime cuando los conceptos que se acumulan son incompatibles entre sí. Si se alega el error de derecho en la apreciación de la prueba, precisa mencionar, de modo concreto, la norma de valoración probatoria que se aduzca como infringida.* [S. 22 de junio de 1963; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: *Lo que tipifica el arriendo de industria es el tener por objeto una unidad patrimonial con vida propia, sin que la calificación pueda ser alterada por los actos que haya podido realizar el arrendatario en relación con el uso y disfrute de lo arrendado. Si se arrendó una finca con un horno de cocer pan, junto con una amasadora y algunos enseres más, aptos para la fabricación de pan y en la finca se había venido ejerciendo la industria de panadería, primero por el propietario y luego por un anterior arrendatario, la calificación procedente es la de arriendo de industria.* [S. 19 de junio de 1963; ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DE SOLARES: *El simple hecho de que se tramite un expediente para la inclusión de un inmueble en el Registro de solares, no supone la extinción de los arriendos relativos al inmueble ni obsta a que la jurisdicción ordinaria conozca de las demandas de los inquilinos sobre obras de reparación a cargo del arrendador.*

EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA: *La excepción de litis pendencia, fundada en la necesidad de ahorrar esfuerzos procesales innecesarios, requiere una absoluta identidad entre los dos procesos, en cuanto a las partes, la jurisdicción, el bien defendido y los fundamentos de las pretensiones deducidas.* [S. 29 de mayo de 1963; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTO DE FINCA EDIFICADA SÓLO EN PARTE: *Si la cosa arrendada es un complejo de edificación y solar y este último es el elemento predominante, él es, el que determinará la legislación aplicable, que es la arrendaticia común.* [S. 3 de junio de 1963; no ha lugar.]

5. SUBARRIENDO DE "BANCA" DE MERCADO: *La declaración de hecho realizada por la Sala de instancia al negar la inexistencia de un traspaso de tres «banca» de un mercado, debe ser respetada en el recurso de injusticia notoria, mientras no se demuestre, por las pruebas documental o pericial, el manifiesto error de la Sala en la apreciación de la prueba.* [S. 30 de mayo de 1963; no ha lugar.]

NOTA: El proceso resuelto por esta sentencia ofreció la singularidad de que fue tramitado con arreglo a las normas procesales de la LAU a pesar de que el objeto del arriendo - una «banca» de mercado es una mesa destinada a la

venta de mercancías, y por tanto carece normalmente de las características de «habitabilidad» exigidas por el artículo 1 de la LAU— parecía excluir dicho contrato arrendaticio del marco de la ley fundamental arrendaticia.

3. LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *Se califica rectamente un contrato como arrendamiento de local de negocio cuando, a falta de términos claros del contrato, atendiendo a actos posteriores al mismo, especialmente a las manifestaciones explícitas y terminantes del ocupante del piso arrendado en cartas dirigidas al arrendador, se juzga que su intención fue destinar dicho piso a local de negocio; máxime si tal interpretación está corroborada por las actividades ejercidas en el piso arrendado.* [S. 3 de julio de 1961; desestimatoria.]

NOTA: La calificación del arrendamiento, como vivienda o local de negocio, depende, como es sabido, dentro de ciertos límites, del destino convenido por la voluntad declarada por los contratantes (Cfr., CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I, Madrid, 1956, pp. 312 y ss.). Para la determinación de esta voluntad de las partes se han de tener en cuenta las reglas generales de interpretación de los contratos contenidas en el C. c., ateniéndose, por ello, en primer lugar, a la intención manifestada en términos claros, que no dejen lugar a duda (art. 1.281 C. c.). Al faltar estos términos claros en el contrato, que es lo que ocurre en el caso contemplado, se buscará la intención de las partes, atendiendo principalmente a sus actos coetáneos y posteriores al contrato (art. 1.282 C. c.). Esto es lo que hace (revocando la sentencia del Juzgado) la Sala de Apelación, al tomar en consideración las cartas del ocupante, dirigidas al arrendador (en las que repetidamente se habla del «negocio de clínica» instalado en el local) y las actividades ejercidas en el piso arrendado, para llegar a la conclusión de que el destino dado al objeto del arrendamiento —y, por ende, su calificación— es el de local de negocio.

También la S. de 10 de mayo de 1955 pareció atender al destino dado por el arrendatario al local arrendado. Verdaderamente, parece más importante la consideración dada a las actividades ejercidas, por la mayor consistencia que presenta la intención «objetivada», frente a la manifestación «subjetiva» —expresada en las cartas— que podría traducir sólo la creencia errónea del ocupante, o la alusión equivoca con el nombre de negocio a las actividades, de tipo profesional, por ejemplo, que el ocupante desempeñara en la vivienda y que no hacen perder a ésta el carácter de contrato de inquilinato. (J. G. Y.)

7. AUMENTO DE RENTA: REQUISITOS PARA EL PERCIBO POR EL ARRENDADOR: ACEPTACIÓN TÁCITA: *Si bien se reconoce al arrendador el derecho a percibir los incrementos de la renta base, la efectividad de este derecho ha de subordinarse a aquellas solemnidades exigidas como requisitos de esencia por tales disposiciones, entre las que figura el de la notificación por escrito al arrendatario de la cantidad que, a su juicio, deba éste pagar como aumento de renta, y la causa de ello y, aun cuando el artículo 101 LAU diga también que, si dentro de los treinta días siguientes, el arrendatario no diera contestación, también por escrito, se entenderá este silencio como aceptación tácita, hay que interpretar esta norma partiendo para tal aceptación de aquella primera notificación, como trámite previo y necesario, y si ésta no ha existido, sea cual fuere la posición adoptada por el arrendatario, no puede ser calificada de conformidad a las exigencias del propietario.*

REVISIÓN DE RENTA: PAGO INDEBIDO: *No existiendo la aceptación tácita del arrendatario, en cuanto al importe de los recibos que le fueron presentados por el arrendador, y siendo lo pagado superior a lo autorizado legalmente, procede la petición y consiguiente estimación de la revisión de la renta satisfecha, con la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la petición se produce antes de la caducidad de la acción.* [S. 8 de enero de 1963; desestimatoria.]

8. DAÑOS Y PERJUICIOS AL INQUILINO: NECESIDAD DE PRUEBA: *Para que proceda la indemnización por daños y perjuicios que establece el art. 116, número 2.º, LAU en relación con el 115, núm. 2.º (no realización por el arrendador de las reparaciones necesarias) es necesario que acredite el inquilino o arrendatario la existencia y realidad del daño, conforme a la doctrina general de que el incumplimiento de la obligación por si solo no lo implica ni supone.* [S. 16 de enero de 1962; no ha lugar.]

9. ACCIÓN IMPUGNATORIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE VIVIENDA REALIZADA POR PRECIO SUPERIOR AL LEGAL DE CAPITALIZACIÓN: *La renta que debe servir de base a la capitalización —a efectos del art. 53 de la LAU— es la que en el momento de la transmisión pagare el inquilino y no la declarada a la Hacienda.*

REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA AL TIPO QUE SIRVE DE BASE A EFECTOS FISCALES: *La reducción autorizada por el art. 103 de la LAU supone que la renta sea impugnada y revisada y hasta tanto ello no se realice, no puede tenerse en cuenta otra renta que la que se venga pagando.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE HECHOS: *La Sala I del Tribunal Supremo no tiene como misión la de valorar, por tercera vez, la prueba aportada por las partes, cometido propio y exclusivo del juzgador de instancia. No tiene encaje en la causa 4.ª de injusticia notoria —error de hecho— la impugnación basada en una serie de deducciones e interpretaciones en relación con los medios probatorios.* [S. 17 de junio de 1963; no ha lugar.]

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NULIDAD DE LA CESIÓN SUBROGATORIA: *Denegada la prórroga e interpuesta la demanda dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el arrendatario pudo disponer de dos viviendas de su propiedad, es ineficaz la cesión que éste hizo de sus derechos arrendatarios, derechos cuya subsistencia pendía de que no se pidiera la denegación de prórroga durante el plazo de caducidad marcado en el núm. 5 del art. 62 LAU.*

ABUSO DE DERECHO: *La doctrina de que no hay abuso de derecho cuando se usa de un medio legal para recabar un derecho atribuido por la ley, aunque en esta colisión de intereses resulte perjudicado uno de ellos, no es aplicable a quien, teniendo a su disposición dos pisos de su propiedad, ocupa uno de ellos, arrienda el otro, y cede el que ocupaba en arrendamiento a un tercero, perjudicando los intereses de la parte arrendadora innecesariamente, ya que*

con los dos pisos de su propiedad podía resolver sus problemas familiares. [S. 10 de enero de 1963; desestimatoria.]

NOTA: El arrendatario había cedido el piso que ocupaba a su propia hija.

11. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: COMUNIDAD HEREDITARIA: ESPOSA INSTITUIDA HEREDERA UNIVERSAL E HIJOS LEGATARIOS DE LA CUOTA LEGITIMARIA: *Fallecido el arrendatario del local de negocio, que instituyó a su esposa como heredera universal y legó a sus hijos la cuota legitimaria, habiendo fallecido luego la heredera, sin que se hubieran llegado a concretar, en vida de esta última, los bienes correspondientes a la misma y a los legatarios, hay que entender que estos últimos son subrogados directos del arrendatario fallecido y que, por consiguiente, pueden sucederle en el arriendo, por tratarse de una primera transmisión. Los legatarios, lo mismo que los herederos, tienen derecho a la subrogación.*

DERECHO HEREDITARIO: PERÍODO ENTRE ACEPTACIÓN Y PARTICIÓN: *Entre la aceptación y la partición, hay un periodo de existencia obligada de una comunidad hereditaria que se limita a ser la depositaria de la herencia y de cualquiera de los derechos integrantes de la misma. situación en que, no sólo la cuota hereditaria tiene un contenido inconcreto, sino que hay una indeterminación de sujetos cuya individualización no se produce hasta la liquidación del patrimonio por la adjudicación de bienes y, por consiguiente, no puede hablarse, en ese estado transitorio, de comunidad hereditaria ni de la existencia de un heredero individualizado y concreto a los efectos del articulo de la LAU que regula la subrogación mortis causa. [S. 7 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: Se advierte en esta sentencia un verdadero esfuerzo por eludir las consecuencias que, con arreglo a la errónea doctrina del T. S. sobre unicidad de subrogaciones «mortis causa» en el arriendo de local de negocio, hubiera tenido, el admitir que las hijas del arrendatario no habían sucedido en realidad a su padre, sino a su madre, heredera del primitivo arrendatario; el esfuerzo resulta tanto más violento cuanto que se trataba de personas de residencia y apellidos catalanes y presumiblemente de vecindad foral catalana y sabido es que en el derecho foral catalán el carácter de mera *paris valorum bonorum* que reviste la legitimidad hace tanto más forzada la tesis de la sentencia. El esfuerzo resulta, sin embargo, laudable, en cuanto siquiera sea por vía indirecta, va encaminado a eludir las consecuencias de la jurisprudencia a que antes hice referencia, una jurisprudencia que es de esperar que en breve plazo y como consecuencia de la proyectada reforma de la LAU, quede definitivamente desautorizada por el nuevo texto legal, al proclamar, de modo aún más explícito que en las redacciones anteriores, el principio de transmisibilidad indefinida del derecho arrendatario del local de negocio —es de esperar y desear que no prospere el proyecto de limitar a veinte años la duración de la prórroga forzosa— que consagraban ya, en realidad, tanto la LAU de 1946 como la de 1955 y que es exigencia imperiosa de la moderna institución arrendaticia. (J. P. R.)

12. ALCANCE Y FINALIDAD DE LA LAU: *La LAU no se promulgó para ni negar el derecho de dominio sino, única y exclusivamente, para garantizar, de una parte, los derechos de los arrendatarios y, de otra, para evitar*

posibles arbitrariedades de los propietarios cuando estos pretendían deshuciar a aquéllos por el simple capricho o comodidad.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PARALELISMO ENTRE EL REQUERIMIENTO DENEGATORIO Y LA DEMANDA: *No supone cambio esencial en la causa de necesidad, ni obsta a la estimación de la demanda, el que en el requerimiento previo se invocase como causa de necesidad el hecho de venir destinado el esposo de «la necesitada» a una determinada población y en la demanda se fundamente aquélla en la de estar, el referido esposo, en situación de «a las órdenes del Excmo. Sr. Ministro», aunque deba residir en la misma población indicada en el requerimiento, ya que la mutación sólo obedecía a un cambio en la situación administrativa sin afectar para nada a la situación de activo en la carrera y a la obligación de residencia en la referida población.* [S. 24 de junio de 1963; ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATARIA POR NECESIDAD: LOCAL DE NEGOCIO: DETERMINACIÓN PREVIA DE LA INDEMNIZACIÓN: *La acción denegatoria de prórroga de arriendo de local de negocio por causa de necesidad, no puede prosperar si previamente no se determinó, por acuerdo de las partes o por la Junta de estimación, la indemnización correspondiente al arrendatario. No excusa de tal determinación el hecho de que el arrendador requiriera previamente al arrendatario para que éste, en el plazo de treinta días solicitara la indemnización, y de no haber acuerdo, proceder a su determinación por la Junta de estimación, si el arrendatario no contestó al requerimiento, ni el arrendador instó de la Junta, la fijación de la indemnización.* [S. 24 de abril de 1963; ha lugar.]

14. ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: CONCEPTO DE NECESIDAD: *El concepto de lo necesario, si no es lo forzoso, es opuesto a lo superfluo, y tiene que darse en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil.*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: SUPUESTO: *No puede estimarse superior a lo conveniente la ampliación de las dependencias del despacho de un profesional, que lo lleva usando como es bastantes años.* [S. 12 de febrero de 1963; desestimatoria.]

15. ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO EN VIRTUD DE DONACIÓN DE PISO EN FINCA CON VARIAS VIVIENDAS: PISOS CON CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS: SUPERFICIE: *No se da la analogía entre los pisos, cuando una de las características, la superficie, no concurre, toda vez que la vivienda del piso segundo, que fue transmitido por donación, tiene una superficie superior a la que totalizan las dos viviendas reunidas de la planta baja, superando también en un cincuenta por ciento, aproximadamente, la superficie de las sendas viviendas existentes en cada uno de los pisos primero y tercero.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No cabe citar como infringida una Ley determinada, en su conjunto, sino que es necesario precisar qué precepto o preceptos de la misma son los infringidos, y el concepto por el cual se estime cometida la infracción, esto es, si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida.* [S. 8 de febrero de 1963; desestimatoria.]

16. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ABUSO DE DERECHO: EXISTENCIA: *El abuso de derecho ha de ser manifiesto, esto es, que su existencia se tiene que revelar, de modo patente y claro, de los propios hechos establecidos en la sentencia recurrida o de tales hechos rectificados por la vía del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.*

NECESIDAD DEL PROPIETARIO: COLISIÓN DE INTERESES: *Cuando los hechos probados no evidencian que el derecho se haya ejercitado en forma excesiva o anormal, ni que el fin que se persigue no sea serio y legítimo, sino que de ellos se infiere la existencia de una simple colisión entre la necesidad en que se encuentra la arrendadora de disponer del piso para su hijo, y la que tienen las arrendatarias de continuar ocupándolo, se produce una pugna de intereses que, por mandato legal se ha de resolver en favor de la primera de dichas necesidades.* [S. 22 de marzo de 1963; desestimatoria.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO DESALOJADO SI EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA NO OCUPA LA VIVIENDA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA: *No es contradictoria la sentencia que aplica el artículo 68 de la LAU (sobre recuperación por el arrendatario de la vivienda de la que hubiere sido desalojado) y que teniendo en cuenta que en el caso de autos el retorno no resultaba factible sustituye tal derecho por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. No infringe la ley la sentencia que ante la falacia del arrendador condena a éste al pago de los gastos que se occasionaron al inquilino como consecuencia del desahucio de que fue objeto anteriormente con base en una causa de necesidad simulada.* [S. 25 de junio de 1963; no ha lugar.]

18. CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: DISPOSICIONES TRASITORIAS: *Si bien es cierto que el hecho de haber permanecido el local arrendado en total inactividad durante más de seis meses no queda sometido a los preceptos de la LAU, cuando este supuesto ocurra con anterioridad a la puesta en vigor de la legislación arrendaticia actual, de acuerdo con la disposición transitoria 15; no lo es menos que dicha restricción no es aplicable al supuesto actual, desde el momento en que ha transcurrido con exceso el plazo de seis meses, contado desde la vigencia de la Ley, según lo dispuesto en la disposición transitoria novena de la misma.*

RESOLUCIÓN: PLAZO: *La resolución del contrato, por cualquiera de las causas señaladas en la Ley, es factible a partir del momento de expiración del plazo de vigencia del arrendamiento, sin que el arrendador esté obligado a respetar el de las prórrogas legales, ya que, sucediéndose éstas sin solución*

de continuidad, la facultad de negarlas ha de ejercitarse dentro del transcurso de cualquiera de ellas. [S. 9 de enero de 1963; desestimatoria.]

19. CIERRE DEL LOCAL: PRUEBA: *Los hechos reflejados en las cuatro actas notariales, levantadas en fechas y horas distintas, que acreditan el cierre del local arrendado, unido al abandono que aparece en sus puertas y al hecho, por un lado, de no haber el inquilino consumido en todo el año más de un kilovatio de luz y, por otro, a que el teléfono, en igual espacio de tiempo, sólo acusó sesenta y siete llamadas, permaneciendo, en absoluto, sin utilización durante los meses de julio, agosto, septiembre y noviembre, son exponentes, en persona dedicada a los negocios, de que ha dejado de tener actividad en dicho local, posiblemente debido a que, además de disfrutar de un piso, tiene otra oficina instalada en la misma capital.*

GUESTIÓN NUEVA: *No es admisible el recurso cuando la Ley o doctrina que se citan como infringidas se refieran a cuestiones que no hayan sido debatidas en el pleito, como consecuencia del principio dispositivo que rige su planteamiento, en acatamiento del cual son las partes quienes deben formularlas. [S. 6 de febrero de 1963; desestimatoria.]*

20. CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: CAUSA NO JUSTIFICATIVA: *Procede la resolución del arrendamiento, porque, aunque pudiera argüirse que la arrendataria, por la enfermedad que la aquejaba, no podía atender personalmente el negocio, no impedía que alguna persona se encargara de la actividad mercantil a que el local estaba destinado, ni que después del fallecimiento de la arrendataria, su supuesta subrogada verificase la apertura antes de que transcurrieren los seis meses del cierre. [S. 6 de febrero de 1963; desestimatoria.]*

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DEL LOCAL: CIERRE PARCIAL: REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD POR EL SUBARRIENDO: *La cesación de las actividades en parte de la finca arrendada no supone el cierre de la totalidad, que es lo que constituye la causa tercera de denegación de prórroga. Aunque el arrendatario abandone y cierre la parte del local en que explotaba su propio negocio, si el subarrendatario parcial del local continúa ejerciendo el suyo en la parte subarrendada no procede la denegación de prórroga por cierre.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: «IURA NOVIT CURIA»: *El principio de congruencia no impide a los Tribunales aplicar las normas jurídicas no invocadas por las partes. [S. 9 de abril de 1963; ha lugar.]*

NOTA: El subarriendo parcial del local de autos había sido autorizado por el arrendador.

22. CIERRE DEL LOCAL: EXPECTATIVA DE TRASPASAR: *La expectativa de traspasar el local no es por sí sola causa justificativa del cierre, porque la legislación vigente, al establecer la prórroga obligatoria para el arrendador, lo que trata de proteger es la necesidad y no la especulación, dado que el fin principal del arrendamiento lo constituye el goce o uso de una edificación*

urbana para sede de una familia o de una actividad industrial, mercantil o de enseñanza lucrativa, que constituyen la base del sostenimiento económico de una familia, pero cuando estos fines se incumplen quiebra por su base la razón de ser de los privilegios concedidos al arrendatario y entran en juego las causas de resolución, sin que el traspaso tenga vida independiente del arrendamiento y de sus fines expresados.

RESOLUCIÓN POR CIERRE DEL LOCAL: ABUSO DE DERECHO: *Al resolver el contrato por cierre injustificado no existe abuso de derecho, cuando la conducta antisocial, penada por la Ley con la resolución del contrato, es la de mantener inactivo un céntrico establecimiento, que podría servir necesidades del consumo y del tráfico mercantil. [S. 13 de diciembre de 1962; desestimatoria.]*

23. RESOLUCIÓN POR ALOJAMIENTO DE HUÉSPEDES EN UN LOCAL DE NEGOCIO: *El hecho de que en un local arrendado para bar y casa de comidas, el arrendatario del mismo, alojara cuatro o más huéspedes en las habitaciones anexas arrendadas para vivienda del arrendatario y familia, sin contar con autorización expresa y escrita del arrendador, constituye causa de resolución —por subarriendo ilegal— [S. 13 de mayo de 1963; ha lugar.]*

NOTA: Frente al más acertado criterio de los dos Tribunales de instancia que desestimaron la demanda, el Tribunal Supremo ha dado lugar a una demanda resolutoria carente de sólida base legal y ha realizado una serie de declaraciones que en modo alguno cabe admitir, a la vista de los textos legales. En la sentencia resolutoria del recurso de injusticia notoria tras decirse que es hecho aceptado por las partes y probado que el arrendatario utilizó algunas habitaciones para alojamiento de huéspedes, se afirma que como el local se arrendó para bar y casa de comidas, la introducción de terceros en el local no podía ser en concepto de alojamiento inherente a la industria establecida que no era la de fonda, y que por ello tal alojamiento había de estimarse constitutivo de subarriendo. Se olvida en la sentencia que el arriendo del local de negocio no limita el derecho del arrendatario a instalar cualquier género de negocio y que, aun arrendado un local con la finalidad de ejercer una industria determinada, el cambio de clase de industria o negocio no constituye causa de resolución —nótese en tal sentido una Sentencia de 21 de mayo de 1960—. El hecho de arrendar un local para «casa de comidas» y «bar» no impide al arrendatario ampliar la industria ejercida en el local a otras actividades, especialmente a las de naturaleza afín, como son las propias del hospedaje; podría discutirse si al amparo de la renunciableidad de beneficios, el arrendador que hubiera arrancado al arrendatario tal renuncia podría vedar al segundo el cambio de negocio pero —aparte de que no se ha invocado tal renuncia en el supuesto de autos— parece indudable que tal limitación o veto podría alcanzar efectividad tan sólo a través de una acción de cumplimiento de contrato y no de resolución, dado el *numerus clausus* de causas resolutorias y el hecho de que el cambio de tipo de negocio o industria no se halla tipificado en la LAU como causa de resolución. Por otra parte, es fácil advertir la inconsistencia de la calificación del hospedaje, como subarriendo, que la sentencia realiza tras reconocer que se trata de un verdadero hospedaje, negando luego tal cualidad con la simple base de decir que «no era fonda la industria establecida». (J. P. R.)

24. CONTRATO DE TRASPASO: INTERPRETACIÓN: *No cabe hablar de un proyecto de contrato de traspaso, sometido a la aprobación del propietario, cuando*

se trata de un contrato de traspaso, no ya perfeccionado, sino consumado en parte por la entrega parcial del precio, y, al no cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 32 LAU, se está en presencia de un traspaso ilegal, determinante de la resolución del arrendamiento.

ABUSO DE DERECHO: *No puede sostenerse que la expresión al propietario de la voluntad previa concertada por escrito entre el arrendatario y el tercero, mediante la entrega de un ejemplar del documento del traspaso realizado, para su estudio, excluye la clandestinidad que lleva consigo toda ilegalidad, y que la utilización por el propietario de dicho documento, como fundamento de su acción, pone de relieve el abuso de derecho con que el mismo ha procedido, porque la realidad es que se ha concertado un traspaso contraviniendo los preceptos legales, y al pedir, basándose en ello, la resolución del contrato de arrendamiento, no se incurre en el abuso de derecho.* [S. 23 de enero de 1963; desestimatoria.]

NOTA: En el primer considerando de la sentencia se recogen los hechos que motivaron el pleito: El arrendatario celebró un contrato privado titulado de traspaso, en el que hace constar ser dueño de los utensilios y enseres que detalla, los cuales vende, y traspasa el negocio en la cantidad de 38.000 y 7.000 pesetas, respectivamente, debiendo hacerse efectivas 5.000 pesetas, como parte de pago, en el acto de la firma del contrato, y el resto contra la entrega de la llave, dentro del plazo máximo de treinta días, pudiéndose entregarse inmediatamente que sea de conformidad de ambos contratantes: documento que se extendió ante testigos y con intervención de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, firmándolo las partes y haciendo entrega al propietario de uno de los tres ejemplares que se libraron, a los efectos legales, según se consigna.

25. TRASPASO INCONSENTIDO: HECHOS QUE LO ACREDITAN: *La significación que, en forma normal, ha de darse a la carta dirigida a la Compañía Telefónica, para el cambio del teléfono que tenía instalado en la casa, a otra, «por traslado del domicilio comercial»; la exclusión del riesgo de incendio que puede sobrevenir al local discutido, concertado en la póliza, por reemplazo por otra posterior, riesgo que, en virtud de un apéndice, se incluye más tarde para dejarlo sin efecto después; la manifestación hecha ante la Inspección de Hacienda de no satisfacer contribución industrial por el negocio del local arrendado, y si en cuanto a los otros que también explotaba, y la situación ambigua del productor que, dado de baja en la Delegación del Instituto Nacional de Previsión por la empresa en la que trabajaba, no figura adscrito a la del recurrente hasta seis meses más tarde.*

OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *El escaparate instalado, si bien constituye «un armazón de madera», al estar unido por medio de pernos metálicos empotrados en el muro, ya significa una obra estable y no provisional, que da lugar a la variación de la configuración, según el dictamen pericial emitido, aceptado por el juzgador, en uso de la facultad que las normas procesales le conceden.*

RECONOCIMIENTO JUDICIAL: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *La prueba de reconocimiento judicial no forma parte de la documental y pericial. La infracción de los arts. 1.240 y 1.241 C. c. sólo es impugnable por la vía y al amparo de*

la causa 3.^a del art. 136 LAU, y no por la causa 4.^a del mismo artículo. [S. 25 de enero de 1963; desestimatoria.]

26. TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓNES: *Siendo normal que un comerciante único no tolere que otra persona anuncie el negocio como propio, si no lo comparte, ni que el teléfono, instrumento cada vez más importante del tráfico mercantil, figure a nombre distinto del suyo, ni que las operaciones que se consignan en facturas, donde constan todos los elementos personales y reales del contrato mercantil, lleven impreso un nombre distinto al del titular del negocio y del arrendamiento, sin indicación alguna de su carácter subordinado, dependiente o delegado, porque todos esos actos son propios del comerciante individual y autónomo, con personalidad propia, aunque pueda ser asociada, y no de un simple colaborador en las operaciones mercantiles, es lógica la presunción establecida de haberse verificado un traspaso inconsentido, por la asociación de una persona con el arrendatario titular del negocio.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *El núm. 4.^o del art. 136 LAU vigente no ampara otro tipo de recurso que el fundado en el error de hecho, y, por tanto, no el de Derecho, que ha de fundarse en el núm. 3.^o del mismo artículo, que engloba todas las infracciones de Ley, entre las que se encuentran las normas valorativas de los diferentes medios de prueba admitidos. [S. 21 de enero de 1963; desestimatoria.]*

27. LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO O SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CAMBIO DE TITULARIDAD EN LA CONTRIBUCIÓN: *No basta probar la realidad de las variaciones en la titularidad del impuesto, para que el juez esté obligado a la apreciación, como probada, de una transmisión del uso del local arrendado, ya que dichas variaciones constituyen un dato cuya significación ha de apreciarse en relación con las circunstancias de las personas (edad, sexo, salud, parentesco, etc.) entre las que tales variaciones se produzcan y con los hechos coincidentes en tiempo, o determinantes y justificativos de los mismos, o ausencia de esos elementos circunstanciales.*

TRASPASO O SUBARRIENDO INCONSENTIDOS: PRESUNCIÓNES: ERROR DE HECHO: *Contra la apreciación del Tribunal, mediante la que se niega probado un hecho, carece de valor la presunción de que, por exigirlo ciertas disposiciones legales, la demandada presentó declaración de carencia de bienes, porque no siempre la realidad coincide con lo ordenado en la Ley, y porque, de haberse presentado la declaración, hubiera sido más fácil acreditarlo en el pleito que pretender ahora, en base a ello, acreditar el error de hecho, que la ley sólo acepta con base a una prueba documental o pericial. [S. 16 de junio de 1962; desestimatoria.]*

NOTA: Con la excepción de algunas sentencias propias a considerar el cambio en la titularidad fiscal como presunción de un cambio en la titularidad del arrendamiento (SS. 18-IV-1956, 21-I-1957), la sentencia actual, si bien formulada de manera explícita y detallada, se mantiene en la línea de la doctrina tradicional, que siempre ha considerado las diversas circunstancias de cada caso concreto en la apreciación de la cesión inconsentida. (Pueden

verse, en este sentido, las SS. 12-VI-1959, 1-VII-1959, 1-II-1961 y, muy recientemente, 18-II-1963.)

En el caso debatido, el titular del impuesto era un hijo de la arrendataria, subrogada en el negocio por fallecimiento del marido, y se alegaba que el cambio se había producido para evitar molestias a los padres, ya ancianos (la madre tenía setenta y seis años); el cambio de titularidad se verificó antes del fallecimiento del padre: la madre había continuado siempre al frente del negocio; el hijo, a cuyo nombre giraba la contribución, desde antes de la interposición de la demanda tenía domicilio propio e independiente, desligado del negocio; el cambio de titularidad se llevó a cabo cuando el marido de la actora era alcalde, autorizándolo con su firma por razón de su cargo.

Según se desprende del primer motivo del recurso, existía en autos una certificación expedida por la Hermandad de Labradores y Ganaderos local en la que constaba la cantidad que la arrendataria demandada percibía mensualmente en concepto de subsidio de vejez, de donde deduce el recurrente que la demandada, al solicitar y obtener la pensión, tuvo que afirmar necesariamente que no era propietaria del negocio instalado en el local litigioso, porque, de otro modo, atendiendo a la cuota de contribución del mismo, no se le habría concedido la pensión. A esta parte del recurso se refiere el segundo párrafo de la doctrina extractada (J. G. Y.).

28. TRANSMISIÓN LEGAL: CONGREGACIÓN RELIGIOSA: *Al ser la primitiva arrendataria una persona individual y seglar, y aparecer ahora el piso ocupado por una persona colectiva y religiosa, consecuencia de haber sido erigido un grupo de señoritas en Pía Unión, por Decreto del Prelado Diocesano, fechado más de tres años después de la perfección de aquel contrato, queda acreditado que las personas arrendataria y ocupante son distintas, por lo que se ha producido una transmisión ilegal, premisa de la decisión resolutoria del vínculo arrendatario.*

RESIDENCIA DE ESTUDIANTES: TRANSMISIÓN ILEGAL: *En el proceso cuya sentencia accede a la resolución de la relación arrendaticia, concertada con una persona seglar individual, para el uso de un local destinado exclusivamente a una residencia de señoritas universitarias, y pedida contra ésta, por su transmisión ilegal a otra persona colectiva y religiosa, no es alegable que el arrendamiento de un local para hospedaje de señoritas estudiantes no lo es de negocio, sino de contrato de inquilinato o de locación para vivienda u hogar de una familia, ni que en el año 1941 pudiera nadie contratar en nombre y por cuenta de una entidad religiosa colectiva que no existió hasta 1944.*

LOCALES OCUPADOS POR LA IGLESIA CATÓLICA: *En lo dispuesto en el pár. 2º del art. 4 LAU vigente, que equipara a viviendas los locales ocupados por la Iglesia católica, no se puede comprender licitamente más que a los ocupados por título legal, con toda exclusión de los que ocupe por actos ilícitos o no permitidos por la Ley. [S. 29 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

La arrendataria, que contrató como persona individual y seglar, y como tal se la demanda y comparece «sin formular por ello ninguna protesta, reserva, ni oposición en forma, ni invocar otra calidad personal, ni, desde luego, la de gestora de una entidad colectiva religiosa», es realmente la Reverenda Madre de la Congregación establecida posteriormente en el local arrendado.

29. CESIÓN, SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDOS: *Cuando una persona, no arrendataria, usa en propio provecho, total o parcialmente, el local de negocio arrendado, de modo excluyente o compartidamente, se produce una transmisión del uso de cosa ajena, determinante de la resolución de la relación arrendaticia, sin que sea precisa la cabal determinación ni exacta calificación, de prueba muy difícil, acerca de si trata de cesión, subarriendo o traspaso.*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *Se interpreta con acierto la doctrina de la introducción de un tercero, ajeno al arriendo, en el local arrendado, cuando se atribuye entidad jurídica suficiente para rescindir el arrendamiento al hecho de que una persona, mecánico especialista en la reparación o confec-ción de discos para ruedas de automóviles, de modo habitual trabaje en el taller del arrendatario, recoja encargos de los clientes o del jefe del taller y los cobre por sí, utilizando en su labor la maquinaria del local.*

CONGRUENCIA: «IURA NOVIT CURIA»: *El juzgador tiene plena autonomía en la aplicación del Derecho, pudiendo fundarse tanto en los preceptos invoca-dos por las partes, como en los no consignados, siempre que se refieran a las cuestiones debatidas, únicos elementos, los de hecho, que pertenecen al poder dispositivo de las partes, sobre los que el juzgador ha de enjuiciar, aplicando la ley o doctrina que estime adecuada al caso debatido. [S. 21 de diciembre de 1962; desestimatoria.]*

NOTA: Es reiterada la jurisprudencia sobre la introducción de tercero. Fueden verse, en este sentido, las SS. que citan CASTÁN y CALVILLO (*Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, t. II, parte especial, ed. Reus, Madrid, 1957, págs. 927 y sig.), a las que pueden añadirse, entre otras, las de 23-XII-1958 (ADC, XII-2.º, pág. 725), 13-V-1959 (ADC, XII-3.º, pág. 1168), 21-IX-1959 (ADC, XII-4.º, pág. 1454) y 27-X-1961 (ADC, XV-1.º, pág. 245). En la senten-cia 18-I-1962 no se reconoció la existencia de una actuación en nombre y provecho propios. V. también la S. 2-XII-1961 (ADC, XV-1.º, pág. 244).

(J. G. Y.)

30. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CESIÓN: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDA-DOR: *El consentimiento, debido a ser un requisito esencial, ha de deducirse, cuando fuere tácito, de manera terminante, clara e inequívoca y no por ex-presiones de dudoso significado.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Contra la in-terpretación que den al contrato los órganos de instancia no puede oponerse el criterio de los litigantes, a menos que se padezca equivocación, la que puede dianar, bien del texto mismo de otras cláusulas del convenio, bien de la infracción de las normas del C. C. sobre interpretación. [S. 3 de julio de 1963; no ha lugar.]*

31. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: SUPUESTA RELACIÓN LABORAL: *Es lógico suponer que no puede mediarse relación laboral entre el titular del arrendamiento y un tercero que aparece ocupando el local arrendado, cuan-do este tercero reconoce, en su correspondencia y escritos presentados en procesos judiciales, que dedica su actividad comercial a la venta de materiales de construcción en el local arrendado, derivándose de estas operaciones*

mercantiles las cantidades que reclamara en anterior juicio. [S. 27 de mayo de 1963; no ha lugar.]

32. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: TITULARIDAD A EFECTOS LABORALES Y FISCALES: *La domiciliación por algún tiempo en el local arrendado, a efectos laborales y fiscales, si bien constituye un dato o elemento de juicio, no puede por sí solo atribuir una sustitución en la titularidad arrendaticia, a cuya identificación se puede llegar por otros medios más idóneos. [S. 24 de abril de 1963; desestimatoria.]*

33. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: AUTORIZACIÓN AD SOLEMNITATEM: *Para la validez del subarriendo de locales de negocio se requiere el requisito de la autorización expresa y escrita del arrendador, que el art. 22 de la vigente LAU exige ad solemnitatem, para legitimar actos regidos por normas imperativas del legislador, con carácter de Derecho necesario.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La no expresión en el recurso del concepto por el que se interponga —violación, aplicación indebida o interpretación errónea— constituye un defecto de forma, esencial en los recursos extraordinarios, que prohíbe entrar en el examen de la infracción denunciada. [S. 10 de octubre de 1963; desestimatoria.]*

NOTA: El recurrente se planteaba directamente en el recurso el problema de si en el contrato de subarriendo la forma es requisito *ad probatōnem* o, por el contrario, es un requisito *ad solemnitatem*. La actual sentencia mantiene el criterio de la de 22 de febrero de 1956, que incluye el subarriendo entre los *negotia solemnia*. (J. G. Y.)

34. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: AUTORIZACIÓN DEL ANTERIOR PROPIETARIO: CONDICIÓN DE TERCERO DEL NUEVO PROPIETARIO: *Si bien es cierto que, según lo dispuesto en el art. 57 LAU, el adquirente por compra de una finca arrendada no es tercero, por cuanto trae causa del propietario anterior, en cuyos derechos y obligaciones se subroga, también lo es que esa cualidad se refiere exclusivamente al contrato de arrendamiento tal y como aparece reflejado en el documento de que se le hizo entrega, pero no ocurre lo propio en relación con aquellos otros documentos que, sin su conocimiento, pueda otorgar su causante para alterar las condiciones de dicho contrato, pues en cuanto a ellos es tercero, conforme a lo prevenido en el art. 1.227 C. c., y puede válidamente impugnar su eficacia, porque, de otra suerte, quedaría indefenso frente a un posible fraude o simulación. [S. 13 de octubre de 1962; desestimatoria.]*

NOTA: El actual propietario del local, en virtud de escritura pública de compraventa de 9 de diciembre de 1950, insta la resolución del contrato, en 1959, alegando que el arrendatario había subarrendado indebidamente. El arrendatario argumentaba que tenía autorización para subarrendar, porque, cuando en 1944 celebró nuevo contrato con los anteriores propietarios —de los que el actual demandante trae causa— éstos, por carta que le dirigieron el mismo año, le autorizaron el subarriendo, y por ello, aunque la cláusula 4.^a del contrato prohibía ceder, subarrendar o traspasar, la cláusula 9.^a, manuscrita, prohíbe solamente la cesión y el traspaso. El problema se centra,

naturalmente, en torno a la posición del nuevo propietario-arrendador: éste es tercero respecto de aquellos documentos que, sin su consentimiento, alteren las condiciones del contrato, y, por tanto, respecto de la carta en cuestión, cuya fecha sólo podrá confarse, de acuerdo con el art. 1.227 C. c., desde que su existencia se reveló por vez primera, al acompañarse con el escrito de contestación a la demanda, esto es, en 1959, fecha en que quien suscribe tal carta ya no era arrendador de la finca vendida nueve años antes, por lo que no podrá enervar la acción resolutoria. (J. G. Y.)

35. RESOLUCIÓN POR CESIÓN, SUBARRIENDO O TRASPASO: *Es doctrina constante y reiterada de este Tribunal, que el arrendatario sólo puede transmitir el uso y disfrute del local arrendado, a título de subarriendo, con autorización escrita del arrendador, o en virtud de traspaso, cumpliendo los requisitos del capítulo IV de la LAU. La introducción de un tercero, ajeno a la relación arrendaticia, en circunstancias distintas a las expresadas, llámesese subarriendo, cesión o traspaso, es ilícita aunque se haga por mera liberalidad, laudable si se practica a su propia costa, pero inadmisible si se hace en perjuicio de los derechos del arrendador. Es intrascendente la duración y el volumen de las actividades negociales del tercero ajeno al arrendamiento. No cabe admitir como excusa que la introducción del tercero la realizara un dependiente del arrendatario, porque éste es quien responde del normal cumplimiento de las obligaciones del arrendatario. [S. 21 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

NOTA: El Tribunal Supremo sigue insistiendo en su reiterada doctrina sobre supuesta prohibición legal de que el arrendatario consienta a un tercero el uso a título gratuito de la cosa arrendada. En ningún precepto de la LAU —ni aun en el Código civil— se halla tal prohibición. Sabido es que la LAU no erige en causa de resolución más actos de transmisión de la titularidad arrendaticia o de la simple facultad de uso de la cosa arrendada que la cesión —transferencia de la titularidad arrendaticia, no de la simple posesión o uso de la cosa arrendada— realizada al margen de las previsiones de la Ley, el subarriendo no autorizado o no notificado, según los casos y el hospedaje no autorizado de más de dos personas. Queda, pues, al margen de los supuestos resolutorios, el simple hecho de que el arrendatario, conservando su titularidad arrendaticia, se limite a transferir a un tercero a título gratuito el uso, en todo o en parte, de la vivienda o local; cierto es que normalmente habrá que presumir que la transferencia de tal uso si es total, entraña cesión, y si es parcial, es subarriendo; pero si la presunción se destruye y el Juzgador llega a la conclusión de la gratuitud de la transferencia, el efecto resolutorio queda sin base legal y sin otro apoyo que el —por otra parte decisivo en la práctica, al menos en procesos accesibles al Tribunal Supremo— que le presta la jurisprudencia. La anterior sentencia insiste en la doctrina citada y contiene una afirmación que en modo alguno cabe admitir: la de que es inadmisible que el arrendatario introduzca a un tercero en la cosa arrendada a título de liberalidad por hacerse en perjuicio del arrendador; dada la naturaleza del contrato de arriendo resulta difícil imaginar el perjuicio que al arrendador pueda deparársele por tal introducción. Por otra parte es evidente que si el tercero introducido en la vivienda o local menoscaba los derechos del arrendador —con actividades peligrosas, cambiando la configuración, etc.— la Ley confiere a este último el derecho de resolver el contrato mediante la invocación de causas específicas admitidas en la LAU. (J. P. R.)

36. SUBARRIENDO O CESIÓN INCONSENTIDOS: FALTA DE PRUEBA DE TÍTULO LEGÍTIMO

MO PARA USO: *Probado el uso de parte del local arrendado, por un tercero, al arrendamiento, la falta de prueba de la existencia de un título legitimo para tal uso autoriza lógicamente la presunción de que se ha transmitido por alguno de los reconocidos al efecto por la Ley, y no probándose el cumplimiento de los requisitos que, para su eficacia frente al arrendador, se exigen, procede la resolución del contrato.* [S. 8 de junio de 1962; desestimatoria.]

37. RESOLUCIÓN: INTRODUCCIÓN INCONSENTIDA DE TERCERO: ASOCIACIÓN EVENTUAL O PASAJERA: *Tanto al prescindir del primitivo socio, como al asociarse al nuevo, los términos del contrato quedaron subjetivamente modificados y alterada, en consecuencia, la situación patrimonial tenida en cuenta al suscribirse el contrato, produciéndose una mutación personal en las partes intervinientes, siendo indiferente para la acción resolutoria que la asociación última haya sido eventual o pasajera, pues ello obedece a razones de conveniencias posteriores, no tenidas en cuenta cuando fue pactada.* [S. 27 de noviembre de 1962; desestimatoria.]

38. CESIÓN INCONSENTIDA: PRUEBA: PRESUNCIÓNES: *Si el piso arrendado a una persona natural está ocupado por las oficinas de la Delegación o Representación de una persona jurídica, es lógico concluir que un extraño a la relación arrendaticia usa y disfruta de la cosa arrendada, cuya introducción sin conocimiento del arrendador, es causa de resolución del contrato, según reiterada doctrina de esta Sala.* [S. 11 de abril de 1962; desestimatoria.]

NOTA: Aunque el considerando dice «sin conocimiento», habría que entender «sin consentimiento».

39. OCUPACIÓN INCONSENTIDA POR NO ARRENDATARIO: *Aceptado por las partes y por el Tribunal que personas no arrendatarias ocupan, sin consentimiento del arrendador, el local de negocio arrendado, aparece plena y directamente probada la transmisión al ocupante, por el arrendatario, del uso de la cosa locada, lo que es causa de resolución de la relación arrendaticia, en cuanto que ha de ser reputada ilegal, mientras el arrendatario no pruebe que tal ocupación se halla legitimada por un título de mandato o un título laboral, derivado del arrendatario, de quien los ocupantes perciben la inexcusable retribución, o por un traspaso operado con todos los requisitos legales, cuando se utiliza para satisfacer necesidades del negocio propio de los últimos.*

TACHA DE FALSEDAD DE UN DOCUMENTO: DENEGACIÓN DE SUSPENSIÓN DEL PLEITO: *Probado directa y auténticamente la existencia del subarriendo, no puede ejercer la menor influencia en el pleito la carta, objeto de querella por falsedad, ni aun la hipotética estimación de ésta por sentencia firme.*

La denegación de la suspensión de tramitación del proceso es inequívocable a la denegación de recibimiento a prueba.

SUBARRENDATARIOS MAL COMPARCIDOS QUE SE ALLANAN: *Claramente empla-*

zados los demandados, capaces de comparecer en juicio, son parte legítima en el mismo, aunque hayan comparecido sin Procurador, pues si es defec- tuosa su comparecencia no dejan de ser parte bien emplazada y mal compa- recida, o no comparecida y, por tanto, colocada en estado o situación de re- beldía, obligada a prestar confesión, lo mismo que en el caso de allanamiento, sin que sus manifestaciones puedan ser exigibles, concedibles y estima- bles como de un testigo extraño al proceso, y facultada para exigir del Juzgado la notificación de las resoluciones definitivas que dicte.

INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 514 L. E. C. Y 114 L. E. CR.: *No son de derecho sustantivo privado, examinables al amparo de la causa 3.^a del artículo 136 L. A. U., las infracciones de los artículos 514 L. E. C. y 114 L. E. CR. [S. 2 de junio de 1962; desestimatoria.]*

40. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓNES: *Debe desestimarse el re- curso que alega una pretendida infracción de las normas que regulan la prue- ba de presunciones, dado que el Juzgador, para llegar a la conclusión de la existencia del subarriendo, no se ha basado en ninguna presunción, sino que descansa exclusivamente en la prueba documental y en la testifical, pues al no haberse aplicado el artículo 1.253, C. c., no se ha podido infringir.* [S. 12 de abril de 1962; desestimatoria.]

41. SUBARRIENDO ILEGAL: *Es causa de resolución el convenio realizado, por el que se acordó la admisión y conservación, en el local arrendado de vehículos, enseres y accesorios de un tercero, para su venta por éste, entre el cual y el arrendatario se repartirían por igual los beneficios líquidos, lo que supone otorgar a dicho tercero el goce o uso del local arrendado.* [S. 25 de abril de 1962; desestimatoria.]

42. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: PRUEBA: *El incremento de los negocios del arrendador, conforme acreditan los documentos invocados, no contradice su falta de necesidad de ocupar el local arrendado, que la Sala sienta en orden a que no aparece demostrado que el desmesurado almacenamiento de mercancías en el local propio, que el demandante destina a la venta al por mayor y a almacén, sea necesario para su normal desenvolvimiento, y a que, en todo caso, en los otros cuatro locales, destinados a la venta al por menor, de que también dispone el demandante, todos ellos de estimables dimensiones, caben holgadamente más géneros de los que contienen.* [S. 10 de mayo de 1962; desestimatoria.]

43. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: IMPUGNACIÓN EN EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *La declaración del órgano de instancia relativa a la realidad de una cesión o introducción en el uso del local arrendado, de una tercera persona, por la constitución de una sociedad entre el arrendatario y un tercero, sólo puede ser impugnada eficazmente en el recurso de injusticia notoria, invo- cuando la causa 4.^a --error de hecho en la apreciación de la prueba--.* [S. 18 de abril de 1963; no ha lugar.]

44. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE CAMBIAN LA CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DE LAS OBRAS POR UN CONDÓMINO: *La autorización de un copropietario para que el arrendatario realice obras de cambio de configuración es bastante para liberar al segundo de la responsabilidad de su realización, pues como condueño hizo creer en el consentimiento de la comunidad a la que representaba en sus relaciones con terceros, sin perjuicio de la responsabilidad del copropietario para con sus condueños si no cumplió con el requisito legal que impide a todo condómino hacer alteración en la cosa común sin consentimiento de los demás.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *La prueba de reconocimiento judicial no es apta para apoyar la alegación de error de hecho en la apreciación de la prueba. [S. 1 de julio de 1963; no ha lugar.]*

45. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS: *El consentimiento tácito, requiere actos de positivo valor, demostrativo inequivocadamente de una voluntad determinada. No infringe la Ley, la Sala que no deduce del sólo conocimiento de las obras por el arrendador la presunción de consentimiento, porque conocer no es consentir.*

ABUSO DE DERECHO: *La doctrina del abuso del derecho está elaborada sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar o en la utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia. En la petición de resolución de arrendamiento por obras inconsentidas, no se vislumbra designio de lesionar intereses extraños, sino uso del medio legal para recabar un derecho que le está atribuido por la ley, aunque al hacerlo valer perjudique a otra persona. [S. 10 de junio de 1963; no ha lugar.]*

46. OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Es un concepto jurídico que sólo corresponde apreciar al Tribunal de instancia.*

PLAZO PARA EL DESALOJO: ERROR DEL JUZGADOR AL APLICAR LA LAU VIGENTE Y NO LA DE 1946: SUBSANACIÓN EN EJECUCIÓN: *La aplicación de la LAU vigente, en vez de la derogada que correspondía aplicar, y que da lugar a señalar para el desalojo el plazo de cuatro meses, en lugar de seis, produce un error de fácil subsanación en la ejecución de la sentencia, si hay necesidad de llegar a tal trámite, por el Juez que tome parte en ella, y que a mayor abundamiento se indicará en la parte dispositiva de esta sentencia, puesto que, no habiendo sido alegado como infringido el artículo 162 LAU de 1946, que es el que fija el plazo de los seis meses, no se puede estimar que ha sido atacado el precepto regulador de esta materia. Criterio que está conforme con la doctrina jurisprudencial (SS. 29-XI y 5-X-1949) que estima basta la subsanación de la falta en la forma dicha, sin que se precise el empleo de un recurso extraordinario.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La contestación a la demanda y los considerandos de la sentencia del juez de primera instancia no sirven.*

como documentos auténticos para fundamentar un error. [S. 23 de marzo de 1962; desestimatoria.]

Nota: Sorprende la mezcla de conceptos formalistas con otros no formalistas empleados respecto del error cometido al aplicar la LAU vigente en lugar de la derogada. En efecto, por una parte se dice, para justificar el mantenimiento de la sentencia que cometió el error, que los artículos 114 LAU vigente (causas 2.^a y 7.^a) y 149 LAU derogada (causas 2.^a y 5.^a) son idénticos («sólo se trata de una cita de causas equivocadas, pero por un idéntico concepto en una y otra legislación, figurando redactadas lo mismo»), y por otro lado, parece estimarse como decisivo, para rechazar el motivo del recurso, el que no se haya alegado la infracción del artículo 162 LAU derogada, sin que sea bastante la citada violación de la disposición transitoria 2.^a LAU vigente; lo que es aún más extraño, dado que en el primer motivo del recurso, que el recurrente divide en tres apartados, se dice en el segundo de ellos: «... resulta clara la infracción del artículo 167 LAU de 1946... en relación con el artículo 162 de la misma ley», y el mismo recurrido al oponerse al recurso, examina este extremo. (J. G. Y.)

47. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR OBRAS MODIFICATIVAS Y DEBILITADORAS INCONSENTIDAS: *Las obras hechas por el arrendatario sin el consentimiento del arrendador que modifiquen efectivamente la configuración de la finca o debiliten la naturaleza y resistencia de la construcción, suponen un acto dispositivo que sobrepasa las facultades de goce y uso, únicas que corresponden al arrendatario.* [S. 13 de febrero de 1963; no ha lugar.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera la construcción de un despacho y un almacén, ambos con paredes de ladrillo.* [S. 7 de junio de 1963; no ha lugar.]

49. RESOLUCIÓN POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS: ALMACENAMIENTO DE PETRÓLEOS: *Si en el curso de dos trimestres se han suministrado al arrendatario, con destino a la venta al público, veinte mil litros de petróleo, es incuestionable que la cantidad existente en el local, excede de lo que la prudencia aconseja tener en una casa enclavada en un casco urbano y su posesión entraña evidente peligrosidad, máxime cuando en el local no existen las instalaciones a que se refiere la Orden de 17 de noviembre de 1950 —aspiración mecánica, lámpara de seguridad y suelo incombustible— y cuando nada se estipuló en el contrato sobre que fuera droguería la actividad mercantil que se había de desarrollar ni menos aún que fuera a comerciar con petróleo u otras materias combustibles o inflamables.*

CESACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS: *Es irrelevante, a efectos de la resolución, que con posterioridad a un acta notarial, previa a la demanda en la que se reflejó el almacenamiento de petróleo, haya cesado tal almacenamiento.* [S. 6 de junio de 1963; no ha lugar.]

50. RESOLUCIÓN POR DECLARACIÓN DE RUINA: *La declaración del estado ruinoso de una finca no significa su ruina actual, sino un peligro cierto, más o menos próximo, que se debe evitar, por lo que, declarado este peligro, en grado de inminencia, por acuerdo municipal firme, se aplica debida-*

mente el artículo 114, causa 10.^a LAU, al dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.

CERTIFICACIONES DEL SECRETARIO DE AYUNTAMIENTO Y DEL TRIBUNAL PROVINCIAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: VALOR DE DOCUMENTO PÚBLICO: *La certificación del Secretario del Ayuntamiento, librada con referencia a los documentos obrantes en el expediente de declaración de ruina de la finca de que se trata, y la certificación del Secretario del Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo, que declaró firme y subsistente el acuerdo del Ayuntamiento, tienen el carácter de documentos públicos en cuanto que se hallan libradas por funcionarios públicos competentes con referencia a documentos obrantes en sus oficios respectivos.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INDEFENSIÓN: ADMISIÓN DE PRUEBA: *La indefensión sólo puede producirse cuando la prueba propuesta ha sido denegada, pero no cuando la prueba ha sido admitida, toda vez que contra las providencias en que se otorga alguna diligencia de prueba no se da recurso alguno, conforme al artículo 567 L. e. c., sin perjuicio de que en la sentencia pueda estimarse la ineeficacia de la prueba, en el caso de que no hubiera sido propuesta en forma legal. [S. 20 de septiembre de 1961; desestimatoria.]*

Nota: La Sentencia de 7 de abril de 1948 establece que el hecho de que la ruina de la finca no sea inminente, no es motivo bastante para desestimar la excepción de prórroga del contrato. La Sentencia de 19 de diciembre de 1952 corrobora a la anterior, al decir que, declarada la ruina, cualquiera que sea su grado y, por lo tanto, aunque sea incipiente, es forzoso acceder a la resolución del arrendamiento; esto mismo repite la Sentencia de 7 de octubre de 1961 (ADC., XV-1.^º, pág. 247). V., sin embargo, sobre un caso de ruina incipiente, la Sentencia de 21 de noviembre de 1930 (ADC., XIV-1.^º, página 266).

La indefensión alegada por el demandado y recurrente se pretendía, según se dice en el primer motivo del recurso, por «haberse acordado por el Juzgado la unión a los autos del ejemplar del Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz, presentado por los demandantes en el periodo probatorio, directamente y sin citación de la demandada» (J. G. Y.).

51. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: RETRACTO: *El aparcero o arrendatario de varias fincas rústicas puede ejercitar el retracto de todas o de cualesquiera de ellas. Pero si las diversas fincas dadas en aparcería o arrendamiento constituyen una unidad económica de explotación, el retracto sólo puede intentarse en relación a todas ellas conjuntamente, y no prospera si se intenta retraer alguna de ellas aisladamente, porque el objeto del contrato de aparcería o de arrendamiento es, en estos casos, la unidad económica integrada por todas las fincas. [S. 26 de febrero de 1963; Sala VI.]*

V. Derecho de familia.

1. RESPONSABILIDAD DE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PARAfernALES POR OBLIGACIONES DEL MARIDO: ARTÍCULO 1.386 C. c.: *No es aplicable el régimen especial del 1.386 si queda demostrado que la obligación contraída por el marido no*

es de índole personal, porque fue contraída durante el matrimonio actuando aquél como representante legal de la sociedad de gananciales y por razón de un negocio que explotaba para poder atender al sostenimiento de la familia y a la educación del hijo habido en el matrimonio. [S. 24 de septiembre de 1963; no ha lugar.]

Nota: Aunque correcta no es muy clara la doctrina de esta Sentencia. La responsabilidad de los gananciales en general es ésta: responden de las obligaciones contraídas por el marido (siempre que fueran contraídas en provecho de la familia, según la doctrina dominante y el T. S., así S. 28 de junio de 1963 que señalan la posibilidad de prueba en contrario de la presunción de que se contrajo en provecho de la familia). Tratándose de frutos de los bienes parafernales el régimen es igual, salvo que rige la presunción contraria, se presume que la obligación la contrajo el marido en su propio provecho y es el acreedor el que tiene que demostrar (así S. 28 de mayo de 1940), que la obligación se contrajo en provecho de la familia. Y esto es lo que parece querer decir la Sentencia que nos ocupa, aunque no lo diga claramente. (J. M. P.)

2. SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES: SUBROGACIÓN REAL: *Tratándose de bienes adquiridos por título oneroso y a costa del caudal común, es indiferente que la adquisición se verifique a nombre de la comunidad o de cualquiera de los esposos, sin que el cónyuge a cuyo nombre o para quien se adquieran, pueda invocar esta circunstancia contra la comunidad, pues solo la procedencia es decisiva a fin de mantener intacto el patrimonio de la comunidad, sin más que sustituir el precio o la contraprestación salidos del caudal común con los bienes adquiridos.*

GANANCIALES: DERECHO PREFERENTE DE SUSCRIPCIÓN: *No obstante los razonamientos contenidos en la S. de 23 de enero de 1947 y conforme a los cuales no puede atribuirse al usufructuario el derecho de suscripción preferente, toda vez que las nuevas acciones en ningún caso pueden considerarse frutos de las antiguas, ya en aquella sentencia se hace la salvedad relativa a la especial naturaleza de la sociedad formada por marido y mujer, en la que si deben estimarse como gananciales las acciones derivadas de otras de que eran accionistas los cónyuges individualmente, sin que pueda equipararse el derecho de retracto contemplado por el artículo 1.396, número 3.º C. C con el de suscripción preferente de nuevas acciones.*

GANANCIALES: PRESUNCIÓN A FAVOR DE LOS MISMOS: *Si el importe de la suscripción de nuevas acciones fue satisfecho con cargo a una cuenta corriente a nombre de uno de los cónyuges, sin discriminar la procedencia del metálico que en la misma ingresaba, hay que atender a la presunción del artículo 1.407 C. C. considerando tal metálico como bien ganancial, y consiguientemente conforme al artículo 1.401, número 1.º también gananciales las nuevas acciones, sin que sea aplicable el artículo 1.396, número 4.º.*

PARTICIÓN: USUFRUCTO VIDUAL: *El Comisario nombrado por el testador representa tan sólo a éste y no al heredero, que es el que puede transformar*

en su ejecución la cuota vidual, conforme al artículo 838 (hoy 839) del C. C., o en su defecto la Autoridad Judicial.

PARTICIÓN: RESCISIÓN POR LESIÓN: *Para que proceda conforme al artículo 1.074 C. C. se ha de determinar la lesión, no respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote.* [S. 24 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

3. CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS: ART. 1.408, 1.^o C. c.: *Este número primero del 1.408 C. c. se entiende por la generalidad de la doctrina científica en el sentido restringido de que las obligaciones contraídas por el marido lo sean en interés de la familia, lo cual se presume, pero admite prueba en contrario.*

ENAJENACIONES HECHAS POR EL MARIDO EN FRAUDE DE LA MUJER: *Como repetidamente ha declarado el T. S., desde que la enajenación fraudulenta se realiza nace para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se la infiere, sin esperar a que se extinga la sociedad legal.* [S. 28 de junio de 1963; ha lugar en parte.]

4. SOCIEDAD CONYUGAL TÁCITA EN ARAGÓN: BIENES COMUNES: TERCERÍA DE DOMINIO: *Tratándose de un bien común como comprendido en el núm. 1.^o del artículo 48 del Apéndice, hay que estimar conforme al inciso final del artículo 50, que la mitad del mismo pertenece a la mujer, con el consiguiente éxito de la tercería de dominio por ella entablada respecto de dicha participación, sin que proceda aplicar el art. 1.392 C. c. que obligaría a esperar al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, y apareciendo contraída por el marido la deuda que motivó el embargo cuando el matrimonio llevaba separado siete años, es evidente que aquella se contrajo en provecho exclusivo del mismo, sin que sea aplicable la presunción que el art. 50 del Apéndice establece, la cual se halla establecida para las situaciones normales del matrimonio.* [S. 26 de mayo de 1962; ha lugar.]

5. DEPÓSITO DE MUJER CASADA: CAMBIO DE DEPOSITARIO: *Contra el auto de negatoria de la solicitud de cambio de depositario en unas diligencias de jurisdicción voluntaria sobre depósito de mujer casada, no cabe el recurso de casación por infracción de Ley, por no tener dicha resolución el carácter de definitiva.* [S. 24 de abril de 1962; desestimatoria.]

6. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MEDIDAS PROVISIONALES DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL: CARÁCTER NO DEFINITIVO: *La sentencia recaída en un incidente de oposición a las medidas provisionales adoptadas en expediente de separación matrimonial, no tiene carácter de definitiva, ya que tales medidas pueden modificarse según las vicisitudes que surjan, no cabiendo el recurso de casación por quebrantamiento de forma.* [S. 14 de mayo de 1963; no ha lugar.]

La separación es instada por el marido por causa de adulterio de su mujer: el Juzgado acordó que una de las hijas menores de siete años quede

en poder de la madre, resolución contra la que recurre el marido invocando lo resuelto con posterioridad por el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores consistente en privar a la madre de la patria potestad por ejemplos corruptores. La resolución del Supremo formalmente es correcta, aunque reconoce la razón moral del padre al añadir «cualquiera que sea la opinión de esta Sala sobre el fondo del mismo». No se ha planteado directamente la debatida cuestión del conflicto de jurisdicciones entre los Tribunales Tutelares de Menores y los Tribunales ordinarios que puede darse en esta materia, y que se trasluce en el presente caso. (G. G. C.)

7. CADUCIDAD: CONTRATO INEXISTENTE: *Al haber sido declarados inexistentes los contratos discutidos conforme al núm. 2.º del art. 1.263 C. c., no cabe ni la confirmación del art. 1.310 ni la caducidad del 1.301, porque la pretensión tendente a dicha declaración, puede ser ejercitada indiferentemente por vía de acción o de excepción.*

FILIACIÓN NATURAL: MADRE OLIGOFRÉNICA: *La definición legal de hijo natural contenida en el párr. 2.º del art. 119 C. c., solo atiende a la libertad de los padres para contraer matrimonio legalmente en el momento de la concepción, no aludiendo a los vicios de un consentimiento que no ha existido al no haberse celebrado matrimonio alguno, y por ello es inoperante el que la misma sentencia que establece la maternidad discutida, reconozca en la madre una oligofrenia congénita o connatal que la equipara intelectualmente a una niña menor de doce años, sin que por ello se haya infringido el artículo 83, núm. 2.º C. c.*

FALTA DE PERSONALIDAD: *La excepción de falta de personalidad de una de las partes o de su procurador, supone vicio formal «in procedendo» que sólo puede tratarse en casación por la vía del quebrantamiento de forma (número 2.º del art. 1.693 L. e. c. y no como infracción de normas sustantivas. [S. 27 de marzo de 1963; ha lugar.]*

VII. Derecho de sucesiones

1. RESERVA ORDINARIA: PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LOS RESERVATARIOS: COMIENZO: *El derecho de los reservatarios, una vez consumada la reserva por fallecimiento de la madre binuba, nace en la fecha del óbito de ésta, a partir de cuyo momento empieza a correr la prescripción; este derecho no puede confundirse con el de exigir las garantías que el art. 978 C. c. impone al viudo que reitera matrimonio. [S. 2 de julio de 1963; no ha lugar.]*

2. HERENCIA INDIVISA: JUICIO DE TESTAMENTARÍA: NECESIDAD DE UNANIMIDAD PARA EL ACUERDO DE ADMINISTRADOR: INAPLICABILIDAD DEL 398 C. C.: *Si bien los llamados a una sucesión en estado de proindiviso pueden nombrar un administrador del patrimonio relicto al amparo del 398 C. c., una vez promovido el juicio de testamentaria regirán las normas reguladoras de éste de la L. e. c., mientras los interesados no se separen del juicio por unanimidad. y, por*

tanto, no será aplicable el 398 C. c., sino el 1.068 L. e. c. que exige unanimidad, no sólo mayoría, y todos los interesados, no sólo de los herederos.

JUICIO DE TESTAMENTARIA: ART. 1.068 LEC: EXIGE UNANIMIDAD: PRINCIPIO «UBI LEX VOLUIT, DIXIT, UBI NOLUIT TAGUIT»: *El 1.068 L.e.c. exige unanimidad: así se desprende no sólo de que en su redacción omita la exigencia de mayoría por lo que hay que entender que exige unanimidad por el principio general de Derecho «ubi lex voluit dixit, ubi nuluit tacuit»: sino porque así se desprende de su sentido gramatical («ponerse de acuerdo» significa unanimidad) y de la comparación con los demás preceptos que con él se relacionan.* [S. 27 de junio de 1963; no ha lugar.]

3. NULIDAD DE TESTAMENTO: ACEPTACIÓN DE HERENCIA: ACTOS PROPIOS: *Al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento y por virtud del principio de Derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, no pueden después impugnar el testamento pidiendo que se declare su nulidad por falta de capacidad y captación de la voluntad de la testadora.* [S. 14 de junio de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Está esta Sentencia en la linea de las de 26 noviembre 1901, 28 febrero 1906 y R. 10 diciembre 1913 que dicen que los actos que tácita o expresamente impliquen, por parte del heredero o legatario, el reconocimiento de la voluntad del testador, convalidan cuantos defectos puramente formales hayan podido cometerse en su extensión. (J. M. R.)

4. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: PRINCIPIO DE DERECHO «IN DUBIIS SEMPER CONTRA FIDEICOMISSUM: *La sustitución fideicomisaria no se presume y ha de constar con claridad en el testamento, prevaleciendo en caso de duda el criterio más favorable a la libertad de los bienes, en virtud del principio general del Derecho: «in dubiis semper contra fideicomissum».* [S. 3 de julio de 1963; no ha lugar.]

5. FIDEICOMISO CATALÁN: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ARRENDAMIENTO FORZOSO: RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR: *El contrato de arrendamiento forzoso celebrado en cumplimiento de la Ley de 23 de febrero de 1940 que dispuso la devolución de las fincas ocupadas por el Instituto de Reforma Agraria, por un fiduciario en un fideicomiso familiar catalán no se extingue cuando fallece el fiduciario pasando los bienes al fideicomisario, ya que el contrato obliga tanto al fiduciario como al fideicomisario.*

ARRENDAMIENTO COLECTIVO: *En un arrendamiento colectivo de pastos, las obligaciones de los arrendatarios tienen carácter solidario no sólo por su propia naturaleza, sino también porque así se pactó.* [S. 6 de mayo de 1963; Sala VI.]

6. PAGO DE LEGÍTIMA: USUFRUCTO: *No puede pagarse la legítima por el testador con bienes en usufructo, pues del 806 y 813 C. c. se deduce que ha de pagársele con bienes en pleno dominio, sin gravamen ni limitación de ninguna*

clase, y el usufructo tiene limitación, pues no es transmisible "mortis causa", ni tampoco en forma absoluta «inter vivos».

USUFRUCTO: INTRASMISIBILIDAD "MORTIS CAUSA". Al extinguirse el usufructo por la muerte del titular (art. 513, C. c.), no es transmisible por acto "mortis causa".

USUFRUCTO: TRANSMISIÓN «INTER VIVOS»: El usufructo no es transmisible en forma absoluta por acto «inter vivos», pues según el 498 C. c. el usufructuario que enajenase o diese en arrendamiento su derecho de usufructo será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya. [S. 19 de abril de 1963; no ha lugar.]

7. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO: ADJUDICATARIO CON DERECHO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: LEGADO EN FAVOR DE TERCERA PERSONA: El adjudicatario —en partición hereditaria— de una finca, cuyo título está inscrito en el Registro de la Propiedad, está legitimado para promover el desahucio del arrendatario del inmueble, aunque el causante del adjudicatario dispusiera de la finca, a título de legado, en favor de tercera persona, ya que el heredero retiene la posesión de la cosa legada, mientras no se realiza la entrega al legatario y es, por tanto, el legitimado para el ejercicio de la acción propia del juicio de desahucio, juicio, reducido por naturaleza, a cuestiones posesorias. [S. 29 de mayo de 1963; ha lugar.]

DERECHO MERCANTIL

1. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDO: SOCIEDAD IRREGULAR O CUENTA EN PARTICIPACIÓN: Son requisitos esenciales que tipifican el contrato de cuenta en participación y le distinguen del de sociedad irregular, el que el negocio en que se interese el participante siga perteneciendo al gestor de cuenta en participación, y que éste último lleve a efecto su gestión sin intervención del participante, cuyo derecho se contrae a que el gestor le rinda cuenta justificada del resultado del negocio, y es lo cierto que ninguno de esos requisitos concurre en el contrato examinado, por cuanto que el negocio explotado en el local arrendado dejó de ser de la propiedad exclusiva del arrendatario, para pertenecer a los tres contratantes en una proporción señalada, y que la gestión de aquél está fiscalizada por uno de los intervenientes en el contrato, por todo lo cual se impone calificar al contrato, no de cuenta en participación, sino de sociedad irregular, o, si se quiere, comprensivo de una relación compleja de sociedad irregular y, a la vez, de arrendamiento de servicios, lo que tanto da a efectos de la resolución del contrato de arrendamiento.

RESOLUCIÓN: CONEXIÓN ENTRE PROPIEDAD DEL NEGOCIO Y USO DEL LOCAL: El hecho de que la propiedad del negocio que se explota en el local arrendado pertenezca al arrendatario y a otras personas extrañas al arrenda-

miento implica necesariamente que la cosa arrendada a una persona es también usada por otras, ya que no es posible independizar el negocio del local que constituye su base material o sede física. [S. 25 de mayo de 1963; desestimatoria.]

2. COMPRAVENTA DE ACCIONES NOMINATIVAS DE S. A. BAJO CONDICIÓN: Es perfecta la venta de acciones nominativas bajo la condición de que dentro de cierto plazo no se ejercite por otra persona un derecho de preferencia para su adquisición, una vez que transcurre el plazo sin haberlo ejercitado.

INTERPRETACIÓN: La interpretación de una cláusula estatutaria no puedes impugnarse al amparo del artículo 1.692 número 7.º L. e. c. como error de hecho, sino con base en el número 1.º con la cita concreta de los preceptos relativos a interpretación de los contratos que se reputen infringidos. [S. 20 de junio de 1963; no ha lugar.]

Se invoca por el recurrente un precepto estatutario que obliga a ofrecer en venta las acciones al Consejo de Administración antes de enajenarlas a terceros, pero la Sala había considerado que en el presente caso tal ofrecimiento no era necesario, apreciación que no se combate adecuadamente. (G. G. C.)

3. JUNTA GENERAL DE LA S. A.: CELEBRACIÓN EN SEGUNDA CONVOCATORIA: La Junta General sólo puede celebrarse en segunda convocatoria en el caso de no haberse constituido legalmente en la primera; por lo cual no es válido ni eficaz el anuncio de reunión de la junta en segunda convocatoria, una vez que ha sido iniciada válidamente la primera.

SUSPENSIÓN DE LA JUNTA GENERAL POR EL PRESIDENTE: Infringe el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas el Presidente de la Junta General que, por propia decisión, ordena la suspensión de la misma, legalmente constituida en primera convocatoria, y dispone su celebración en la fecha anteriormente prevista para la reunión en segunda convocatoria.

LEGITIMACIÓN PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL: Los acuerdos tomados con anterioridad a la referida suspensión son de suyo válidos y para su impugnación se precisa, conforme al artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, haber hecho constar en acta la oposición del impugnante al acuerdo impugnado y (parece, según la sentencia) sin que baste el voto en contra de dicho acuerdo. [S. 6 de julio de 1963; estimatoria.]

4. SOCIEDADES ANÓNIMAS: FUSIÓN POR ABSORCIÓN: En los casos de fusión por absorción se produce la sucesión en la personalidad y en el patrimonio sin necesidad de liquidación, siendo la personalidad de la absorbente el único término subjetivo de las llamadas relaciones jurídico procesales, que hagan referencia a la personalidad jurídica de la sociedad fusionada. [S. 17 de enero de 1963; estimatoria.]

NOTA: En la sentencia dictada sobre la relación jurídica objeto del pleito (S. 19 de enero de 1963), no se estimó anulable el acuerdo tomado en Junta General extraordinaria, que determinó la conversión y el tipo a que se verificaría, de las acciones especiales de la sociedad fusionada por acciones ordinarias de la sociedad fundente, contra la voluntad de algunos de sus titulares, a los que no se concede, de no adherirse al acuerdo, otro derecho que el de separación, invocando la disposición transitoria 1.^a de la actual Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. (U. V. A. y J. G.)

5. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: CAMBIO DE NOMBRE Y DOMICILIO: *No puede decirse que se haya constituido una nueva sociedad por el sólo hecho de que el único socio de una sociedad de responsabilidad limitada se limitara a cambiar el nombre de la misma y domiciliarla en otro lugar.*

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: SOCIO ÚNICO: *La Sala 1.^a tiene declarado reiteradamente que ni el cambio de titulares de las participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada, ni el acaparamiento por una sola persona de todas las acciones, determina la extinción de la sociedad.* [S. 16 de mayo de 1963; ha lugar.]

NOTA: Alentado, sin duda, el actor, por la jurisprudencia extensiva del concepto de traspaso, que considera como supuestos de cambio de personalidad a un gran número de simples modificaciones de forma social planteó una demanda de resolución arrendaticia por traspaso ilegal basándose en el cambio de nombre de la sociedad arrendataria: su tesis de que el cambio de nombre entrañaba, en realidad, un cambio del ente arrendatario, aunque aceptada en la instancia, fue acertadamente rechazada en el recurso supremo. (J. P. R.)

6. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA PARA EJERCITAR LA ACCIÓN EJECUTIVA: *El juez competente para conocer de los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio es el determinado por el domicilio de las cambiales, sin atender al contrato causal de que éstas dimanan.* [S. 2 de abril de 1963.]

7. COMPROVENTA EN GENERAL: *En nuestro derecho, el contrato de compraventa no es —por si mismo— traslativo de dominio según reiterada jurisprudencia. No basta consentimiento para transmitir la propiedad, sino que se precisa la tradición material, ficta o simbólica.*

VENTAS «DE PLAZA A PLAZA»: *En las ventas al contado no se presupondrá ejecución simultánea de pago y entrega de la cosa —aunque el convenio se haya pactado y perfeccionado en establecimiento del vendedor— cuando medie el supuesto especial de venta «de plaza a plaza».*

PRESUNCIÓN DE PAGO: *La presunción «iuris tantum» del artículo 87 del Código de Comercio no es ejercitable en la venta «de plaza a plaza».*

ERROR DE HECHO: *Los errores de hecho de la sentencia de instancia para ejercitálos en casación— deben ser patentes y no inferidos de interpretaciones y razonamientos.* [S. 24 de septiembre de 1963; desestimatoria.]

8. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO: LUGAR DE ENTREGA DE LA COSA: *En la compraventa mercantil se presume entregada la cosa vendida en el establecimiento del vendedor o en donde tiene el centro de sus operaciones, por ser en dicho lugar donde radica la mercancía en el momento de constituirse la obligación.* [S. 2 de abril de 1963.]

9. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO: LUGAR DE ENTREGA DE LA COSA: *Cuando se trata del pago del precio de una compraventa mercantil, si en el contrato no figuran expresamente otro lugar para entregar la cosa vendida, ha de presumirse que ha de ser el de la población donde el vendedor tenga su establecimiento.* [S. 2 de abril de 1963.]

10. COMPETENCIA: RECLAMACIÓN DE RESTO DE PRECIO: *El lugar de pago del precio de los géneros suministrados es el de la entrega de los mismos, conforme al artículo 1.500 C. c., por aplicación del artículo 50 C. de C., teniendo declarado la jurisprudencia que la mercancía se entiende entregada en el establecimiento del vendedor, cuando el transporte se verifica a porte debido, lo que unido a haber satisfecho pagos a cuenta, debe tomarse como prueba indicaria, a los mismos efectos, sin que el hecho de librar letras de cambio para su cobro, si no se ejercita la acción cambiaria, tenga otro significado que una facilidad para el pago.* [S. 2 de abril de 1962.]

11. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Los generos de comercio, conforme a reiteradísima jurisprudencia, deben entenderse entregados en el establecimiento del vendedor, sin que la circunstancia de haberse girado letras de cambio para el cobro del precio, como medio de facilitar el pago, sirva a contrarrestar dicha presunción, particularmente si la mercancía ha sido transportada al domicilio del comprador por cuenta del mismo.* [S. 30 de abril de 1962]

12. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO: LUGAR DE ENTREGA DE LA COSA: *El lugar para reclamar el precio de las mercancías entregadas en el domicilio del vendedor y remitidas al comprador por cuenta y riesgo del mismo, es el domicilio del vendedor.* [S. 14 de marzo de 1963.]

13. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL PRECIO: LUGAR DE ENTREGA DE LA COSA: *El pago debe hacerse en el lugar de entrega de la cosa, el cual es, según reiterada jurisprudencia, el domicilio del que la recibe, si hasta allí viaja por cuenta del remitente.*

PRUEBA EN MATERIA DE COMPETENCIA: *Resulta del conjunto de elementos, que, sin servir para formar una convicción plena sobre los hechos alegados, inducen, sin embargo, a una creencia racional de que han ocurrido.* [S. 1 de abril de 1963; resuelve competencia.]

Nota: Aunque el fallo del Tribunal Supremo, por tratarse en este caso de una mera cuestión de competencia, no resuelve si los hechos de autos son constitutivos de una compraventa o de una comisión mercantil para

venta —tesis que sostienen las partes respectivamente—, decide la competencia en función de criterios propios de la compraventa. Ello es consecuencia del principio de prueba en que se basa para resolver la competencia. (U. V. A.)

14. **ERROR DE DERECHO:** *El error de derecho en la apreciación de la prueba no es ejercitable a través del 1.692, 7º LEC. Este es cauce, únicamente, para atacar —en casación— la valoración de la prueba realizada por el Tribunal «a quo» cuando medie infracción de una norma específica que atribuya a la prueba un determinado valor y nunca por circunstancias diversas de hechos desprendidos de documentos.*

CONFESIÓN DEL QUEBRADO: *La confesión del quebrado demandado no puede perjudicar por sí sola a otros demandados; sólo puede ser valorada por el Tribunal de instancia en relación con los demás elementos probatorios aportados sin que sea dable al Tribunal de Casación entrar a decidir sobre el mayor o menor acierto en la valoración que compete en principio a la soberanía de instancia. [S. 3 de julio de 1963; desestimatoria]*

15. **QUIEBRA: REVOCACIÓN DEL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA:** *Cuando el préstamo con garantía hipotecaria celebrado por el después quebrado no se halla comprendido en el periodo de retroacción fijado en el juicio de quiebra ni en el plazo legal de treinta días determinado por el art. 880 del Código de Comercio, no procede la resolución del contrato. Sin perjuicio de llevar, posteriormente, el supuesto en cuestión al marco del art. 882 del mismo cuerpo legal y estudiar las posibilidades que a su aplicación se ofrecen.*

VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN DEL QUEBRADO: *La confesión del quebrado prestada bajo juramento indecisorio no puede tener eficacia radical, sino únicamente ser valorada por el Tribunal de instancia en relación con los demás elementos probatorios. [S. 25 de junio de 1963; desestimatoria.]*

Nota: Es cuestión controvertida, en la doctrina y la jurisprudencia, la de si los plazos fijos a que se refieren los artículos 879 a 882 del Código de Comercio son anteriores a la sentencia declarativa de quiebra o anteriores a la fecha de retroacción de la misma.

La doctrina más autorizada (Estasén, Huebra, Bonelli, citados por José A. Ramírez en «La Quiebra», tomo II, pág. 403, nota 305 a) coincide con la línea jurisprudencial mantenida por nuestro Tribunal Supremo (SS. de 3 de marzo de 1874, 17 de febrero de 1909, 15 de noviembre de 1927) y ratificada en la presente sentencia —aunque no de forma expresa— de que al hablar de declaración de quiebra se hace en relación a la época de retroacción. Así, pues, el plazo de treinta días establecido en el art. 880 del Código de Comercio se computaría en la sentencia objeto de nuestro estudio a partir de la fecha de suspensión de pagos, a la que el acto de quiebra retrotrae sus efectos.

La cuestión que resuelve implícitamente el Tribunal Supremo es la siguiente. Para la resolución de los contratos celebrados en fraude de acreedores se requiere que la fecha de celebración de los mismos caiga dentro de los límites temporales que, al efecto, estipulan los artículos 879 a 882 del Código de Comercio, iniciándose el cómputo de los plazos a partir de la fecha, no del auto de quiebra, sino de la señalada para la retroacción. Dentro de esta línea adquieren especial significación los actos de carácter patrimonial realizados por el quebrado en el periodo anterior a la situación de cese

en el pago de las obligaciones, llamado "periodo sospechoso". Periodo que comienza siempre en la fecha asignada a la retroacción y expira en cada uno de los plazos indicados —según sea la clase de acto o negocio jurídico del quebrado— en los artículos anteriormente señalados. (U. V. A. y J. G.)

16. TRANSPORTE MARÍTIMO: FALTAS DEL CAPITÁN Y AVERÍA GRUESA: *Cuando el Capitán incumple sus obligaciones de vigilancia y correcta realización de la estiba, los daños derivados no pueden considerarse como avería gruesa, sino como provenientes de faltas de aquél, que dan lugar a su responsabilidad frente al naviero y a la de éste frente a terceros.* [S. 28 de mayo de 1963; desestimatoria.]

Nota: La sentencia extractada se basa en la apreciación de falta del Capitán por inadecuada estiba de las mercancías transportadas, causante de la innavegabilidad del buque, para rechazar la posibilidad de conceptuar como avería gruesa la pérdida de las mismas, originada por aquella falta. El T. S. toma, pues, posición en la delicada cuestión de la interferencia de culpa en la creación de una situación de peligro, que, sin ella, podría ser un presupuesto cierto para realizar el acto de avería: una falta anterior del Capitán, que posteriormente da lugar a un peligro para el buque y el cargamento, con la consiguiente pérdida de éste o de parte de él, provoca la responsabilidad del naviero frente a terceros y la del Capitán frente a aquél.

Para hacerse cargo del significado de esta doctrina, conviene tener presentes las diversas direcciones que se señalan en esta materia. Son fundamentalmente dos (véase ALGUER MICO, J., *Tratado de la avería común*, Barcelona 1926, págs. 80 y sigs.). Una primera sostiene la tesis de que el origen del peligro, imputable con o sin culpa suya, a uno de los interesados, excluye la posibilidad de la avería común y hace recaer el deber de indemnización exclusivamente sobre el causante del peligro y, mediáticamente, del daño. Se basa primordialmente esta tesis en la consideración de que el perjudicado puede recurrir directamente al causante del daño, culpable o no, para obtener la indemnización del mismo; porque, en definitiva, aquél es en última instancia el único responsable. Así, si el daño ha sido producido concretamente por faltas del Capitán, entra en juego la exigencia de responsabilidad al naviero por las faltas de aquél, salvo en los casos en que se admitan cláusulas de exoneración de éste (cláusulas de negligencia).

En todo caso, según esta tesis, la culpa (o vicio) antecedente a los daños y causante remota de ellos, los convierte siempre en avería particular.

Hay una segunda dirección, cuya tesis central afirma que el origen del peligro —aun cuando éste proceda de un comportamiento culpable— no influye en la condición de la avería. Y la razón que se da es que la falta anterior no es la causa de los sacrificios, constitutivos de la avería gruesa, sino del peligro; y es sólo éste el que determina los sacrificios que redundan en beneficio común de los interesados en la aventura marítima. Por otra parte, si, puesta la falta, negligencia o vicio de uno de los interesados, se suprime la posibilidad del acto de avería gruesa, haciendo recaer la responsabilidad directa únicamente sobre el responsable por la falta o vicio, sucedería siempre que los beneficiados por los sacrificios realizados no contribuirían en nada a su indemnización y podría acaecer a veces que tal responsable no fuese suficientemente solvente para hacer frente a dicha indemnización. (HERMIDA L., *La avería gruesa según las Reglas de York y Amberes*, Bilbao 1957, págs. 108 y sig.).

Dentro de esta dirección cabe todavía distinguir dos modalidades: 1.^a Existe para todos los interesados el deber de contribuir a la avería; la responsabilidad nacida de la falta o vicio propio de uno de ellos se liquida independientemente. 2.^a El autor de la falta o responsable del vicio no tiene derecho a disfrutar de la bonificación de la avería común y, además, es res-

ponsable frente a los sujetos a la contribución, por todos los perjuicios que les cause dicha contribución a la avería.

En derecho español no hay precepto alguno que resuelva directamente la cuestión. De este silencio del legislador, por una parte, y, por otra, de la tipificación de la avería particular (C. com. art. 809) y de la exigencia de responsabilidades al naviero y al Capitán por faltas de éste «sin que valga pacto en contrario» (C. com. art. 620, I), parece que podría deducirse como más conforme a nuestro derecho la tesis de la exclusión de la avería gruesa por falta o vicio anterior de alguno de los interesados (Vid. GAMECHOGOLCOECHEA F., *Tratado de Derecho Marítimo español*, tomo III, págs. 52-53). A esta tesis se ajusta la sentencia que nos ocupa, si bien no se pronuncia expresamente sobre su fundamentación.

En la doctrina, sin embargo, se advierte con claridad una orientación en la dirección opuesta, sosteniéndose que el acto del Capitán, realizado deliberadamente para salvar el buque y la carga de un peligro conocido y efectivo, aunque éste provenga de su propia falta, se ajusta a todos los requisitos exigidos por la ley para el acto de avería gruesa, sin faltar ni oponerse a ninguno de ellos. Así GAMECHOGOLCOECHEA F., ob. cit., pág. 54. GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, 3.^a edic. Madrid 1958, págs. 841 y 860. ALGUER Micó, J., ob. cit., págs. 83 y sigs. (U. V. A. y J. G.)

DERECHO PROCESAL

1. **ACCIONES DECLARATIVAS: INTERÉS DE OBRAR: NECESIDAD DE TUTELA JURÍDICA:** *La finalidad perseguida en el juicio declarativo es la de tutelar los derechos particulares; las declaraciones exigibles en el proceso deben referirse, en general, a las relaciones jurídicas que se dicen existentes, pero aun en el caso de contraerse a hechos determinados, éstos tienen que tener en sí mismos trascendencia en derecho, porque la acción declarativa se justifica por la necesidad de protección jurídica. No es admisible que sin ejercitarse una verdadera acción, concebida ésta como facultad para pedir la protección de un bien tutelable, y sin que realmente medie un estado de hecho constitutivo de interés de obrar, se demande a personas físicas ajenas al proceso, sin llamarlas a juicio con el carácter de partes contratantes o representantes legales de las mismas, sino con la finalidad de constatar y declarar la realización de ciertos hechos objetos de prueba y que pueden servir o no como antecedente para conseguir demostrar la celebración de un contrato.*

COSTAS: APELACIÓN: *Si el apelado obra impulsado por la necesidad, que se le impone, de defender derechos reconocidos en la sentencia, por otros apelada, es imposible apreciar su temeridad en la segunda instancia. No cabe la censura, en casación, de un pronunciamiento sobre costas, consentido en la apelación por la parte que luego pretende impugnarlo.*

RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *La precisión y el rigor del enlace entre los hechos de que parte la inducción y aquel que se trata de demostrar sólo puede ser combatida al amparo del núm. 1 del art. 1.962 de la LEU y no por la causa del número 7.^o que tiene que referirse a la existencia real del hecho de que ha de partir la presunción. [S. 4 de julio de 1963; ha lugar.]*

2. **EXCEPCIONES Y DEFENSAS PROCESALES: PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:** *Alegado —y probado— por el demandado que la calificación correspondiente al con-*

trato era distinta de la que se le atribuyó en la demanda, si de la correcta calificación del contrato resulta la falta de un presupuesto indispensable para el éxito de la acción, procede desestimar la demanda. El demandado no precisa invocar excepciones nominales o específicas, pues le basta alegar, como simples motivos de oposición, hechos que contradigan la demanda o utilizar cualquier otro medio de defensa. [S. 17 de mayo de 1963; ha lugar.]

NOTA: El actor había ejercitado la acción denegatoria de prórroga, por necesidad, del arriendo de un local que en su demanda calificaba como asimilado a local de negocio; por virtud de tal calificación había ofrecido como indemnización dos anualidades de renta. El demandado, en su contestación, impugnó tal calificación y sostuvo que el arriendo era de local de negocio *stricto sensu*, aunque no formuló excepción concreta relativa a la inadecuación de la indemnización ofrecida. El Tribunal Supremo, con una adecuada y flexible interpretación del principio de congruencia, entiende que la circunstancia indicada no impide la desestimación de la demanda si de la verdadera calificación de la naturaleza del arriendo se deduce que la indemnización ofrecida no era la legalmente procedente, ya que tratándose de locales de negocio propiamente dichos la indemnización debe ser la fijada de mutuo acuerdo por las partes o determinada por la Junta de estimación. (J. P. R.)

3. PROPIEDAD DE AGUAS: SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL: EXTRAÑOS AL PLEITO: *Es un principio consagrado por reiterada jurisprudencia el que los únicos derechos que deben ser declarados y resueltos en un juicio son los que afectan a los litigantes y de ningún modo los que se refieran a terceros aunque lo pidan aquéllos; y lo infringe la sentencia que hace declaraciones tales como la de que «a otras personas no determinadas les pertenece el aprovechamiento de las aguas», o bien «otros que pudieran disfrutar de las aguas».*

INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: *Se incurre en exceso de jurisdicción cuando se declara que la Administración en un expediente expropiatorio deberá entenderse con los actores del pleito en su calidad de dueños de los aprovechamientos, pues corresponde a la propia Administración la decisión de entenderse con las personas a las cuales conviene el carácter de expropiadas. [S. 18 de abril de 1963; ha lugar.]*

3. bis. COMPETENCIA: DE OFICIO: *Dado el carácter de derecho público y necesario que guardan las cuestiones sobre competencia, puede el Juzgado declarar de oficio su incompetencia, por razón de la materia, en las demandas que le sean sometidas, pues su incompetencia procede de la falta de jurisdicción, al estar ésta atribuida a un Juzgado especial, designado por autoridad legítima, y ser de orden público el principio de que ningún Juez puede traspasar el límite de las que le pertenezcan.*

PERSONA DEMANDADA, AÚN NO EMPLAZADA: *Por mucha amplitud que se quiera conceder al interpretar el art. 360 L. O., en relación con el 73 LE^C, no es posible aceptar que puedan proponer cuestiones de competencia quienes, en su día, puedan ser parte en el juicio, o aquellas personas que por la relación en que se hallan con el objeto de la pretensión, pueda inferirse que lo serán, por requerirse siempre, como presupuesto indispensable, que sean parte legítima.*

CONTIENDA JUDICIAL: INICIACIÓN: *No apareciendo de los autos que la demanda haya sido admitida, ni que de la misma se haya conferido traslado a la persona contra quien se dirige, no puede decirse que exista propiamente contienda judicial, ni que la parte demandada estuviera en ellos personada, por cuanto que no está realizado su emplazamiento, que es lo que constituye «raíz e comienzo de todo pleito», como se dice en el proemio del tit. 7.º de la Partida 3.º.* [S. 29 de septiembre de 1961; desestimatoria.]

4. COMPETENCIA: REPETICIÓN DEL PAGO POR IMPUESTO DEL INCREMENTO DE VALOR DE TERRENOS: *Tratándose de la repetición de la cantidad satisfecha por el demandante al Ayuntamiento, por el impuesto del incremento de valor de los terrenos correspondientes a la transmisión que, a favor de aquél, verificó la demandada, de una participación de finca urbana, radicante en dicho municipio, en el que debía de realizarse el pago —como, en efecto, se realizó— es evidente que, no mediando pacto en contrario ni sumisión de las partes, ejercitándose una acción personal y teniendo en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia en casos análogos, la competencia para conocer de la demanda interpuesta corresponde al Juzgado municipal a cuya jurisdicción pertenece el Ayuntamiento en el que se pagó el impuesto.* [S. 9 de abril de 1962.]

NOTA: La jurisprudencia, antes aludida, que especifica el considerando, es la siguiente: SS. de 21 de mayo de 1910, 27 de octubre de 1913, 21 de septiembre de 1934 y 22 de junio de 1948. (J. G. Y.)

5. COMPETENCIA: CONTRATO PRINCIPAL: DEVOLUCIÓN DE ENVASES: *La reclamación surgida acerca de la devolución de los envases (que se sometieron en el contrato de compraventa al régimen establecido por la Resolución de la Secretaría Técnica del Ministerio de Industria y Comercio, de 12 de marzo de 1952, con arreglo a la cual la devolución de dichos envases ha de hacerse dentro de los sesenta días siguientes a la facturación, sancionándose la no devolución con el pago de una cantidad, en concepto de alquiler, calculado por litro de cabida y día) constituye, no una obligación independiente, sino un pacto agregado al contrato de compraventa, del que es una incidencia o aplicación, por lo que, no habiendo sumisión expresa ni tácita, es Juez competente el del lugar del cumplimiento del contrato principal, por tenerla, no sólo para éste, sino también para todas sus consecuencias o incidencias.* [S. 21 de septiembre de 1962.]

6. INEXISTENCIA DE SOCIEDAD: CONDENA EN TÉRMINOS VAGOS: EL PRINCIPIO DE QUE «NADIE PUEDE SER CONDENADO SIN SER OÍDO»: *Infringe la doctrina legal que recoge el principio de derecho de que «nadie puede ser condenado sin ser oido y vencido en juicio» la sentencia que contiene una declaración de carácter genérico e inconcreto, sin referirse a ninguna relación o situación jurídica dadas en determinado tiempo y lugar, ya que las resoluciones judiciales no pueden adoptar términos tan vagos y abstractos que impidan la atinente ejecución práctica frente a los que no tuvieron ocasión procesal de ser oídos.* [S. 13 de mayo de 1963; ha lugar.]

El causante había contraído segundas nupcias, y a su muerte acciona la viuda contra la hermana de aquél y contra un hijo del anterior matrimonio, acumulando en el suplico pluralidad de peticiones heterogéneas (declaración de inexistencia de sociedad, nulidad por simulación de un acto de conciliación y de diversas transmisiones de bienes) con base todas ellas en una supuesta confabulación de los demandados para privar de sus derechos legítimos a la viuda y a los hijos del segundo matrimonio. La demanda obtiene éxito en ambas instancias, pero el T. S. estima en parte el recurso con base en la doctrina resumida, revocando el extremo de la sentencia que declaró: «La inexistencia de cualquier sociedad civil, compañía mercantil o comunidad de bienes que se diga haberse constituido *en cualquier tiempo* entre el causante y sus hermanos, capaz de obligar los bienes que el primero de ellos tuviera a la fecha de su segundo matrimonio con la actora, en perjuicio de su cuota vitalicia, de su mitad ganancial o de la legítima de sus hijos». Revocación que parece justa, pues tal pretensión no puede ser objeto de ningún proceso entre las partes determinadas. (G. G. C.)

7. SUBARRIENDO: PROBLEMAS COMPLEJOS: *En las estrechas causas de un juicio sumario, cual es el desahucio, no cabe discutir ni resolver problemas complejos que requieren el amplio debate y probanza de los juicios declarativos. [S. 4 de octubre de 1962; desestimatoria.]*

La complejidad en el caso controvertido consiste, según se expone en el primer considerando, en que «no se ventila solamente en el presente juicio de desahucio la resolución de los contratos de subarriendo de los locales e industrias de referencia, de 1.º de septiembre de 1944, sino que afecta también al de 10 de mayo de 1950, por el que se introdujeron esenciales modificaciones en aquéllos, tales como la ampliación de los derechos de los subarrendatarios y del plazo contractual, concesión de una opción de compra del objeto de la locación y, sobre todo, se discute la validez y eficacia jurídica de los apartados A y H de su cláusula 2.º, por la que se somete la duración del contrato a las disposiciones del art. 6.º de la LAU de 1946, entonces vigente, y aún más, constituye una transacción entre los otorgantes por la que se conceden dichos privilegios para poner fin a diversos litigios entre ellos pendientes y se desiste de determinada querella criminal», por lo cual, atendiendo a la doctrina extractada, «no cabe decretar la resolución del contrato en el presente procedimiento, que pueden ventilar las partes, si les conviniere, en el juicio plenario correspondiente, máxime si se tiene en cuenta que en el contrato cuya extinción se pretende fueron parte personas que no han sido interpeladas en el proceso, que resultarían afectadas por su resolución, sin haber sido oídas y vencidas en el juicio».

8. ARRENDAMIENTO URBANO: (SUBARRIENDO INCONSENTIDO): COSTAS: Se aplica rectamente el art. 149, núm. 1 LAU, al imponer las costas de primera instancia al litigante cuyos pedimentos fueron totalmente rechazados, sin que la alegación de falta de legitimación pasiva del recurrente pueda tratarse ni resolverse bajo la invocación del precepto que regula las costas, con mayor razón cuando el propio recurrente era directamente interesado en el pleito.

como ocupante del local, figuró como parte en el proceso y se opuso al fondo de la demanda. [S. 21 de diciembre de 1962; desestimatoria.]

Nota: El arrendador, que pretendía la resolución del contrato por subarriendo inconsentido, había dirigido la demanda contra el arrendatario y el subarrendatario. La sentencia de primera instancia, al acceder a la petición del actor, impuso las costas a los demandados. El recurrente al que se refiere la doctrina transcrita es el subarrendatario (el arrendatario no recurrió, ni parece siquiera que compareciese en el pleito), quien, frente a la condena en costas conjunta que se le impone, alegaba su falta de legitimación pasiva en el proceso, en el cual, si intervino —argumentaba— se debió al emplazamiento que le hizo la parte demandante, pero manifestando su falta de interés en el litigio. Como es sabido, la doctrina jurisprudencial reiterada no impone necesariamente, como regla general, que se cite también en estos casos al subarrendatario (SS. 25 de abril de 1954, 30 de septiembre de 1958), aunque pueda hacerse, y si comparece sea tenido como parte interesada (SS. 8 de julio de 1948, 4 de marzo de 1952, 26 de abril de 1952, 25 de noviembre de 1960). Aunque la actual sentencia no contemple directamente el problema alegado, su decisión refuerza la línea tradicional. (J. G. Y.)

9. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA APELAR: *El art. 148 LAU, que establece como requisito indispensable para la interposición de los recursos el pago o consignación de la renta que se hubiere venido abonando a la iniciación del litigio, en el plazo y modo previstos en el contrato, ha de interpretarse de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, que señala como antecedente obligado del mismo a los arts. 1.566 y 1.567 LEC, lo que demuestra que se puede presentar y consignar en bloque todas las rentas que se esté adeudando, dándose paso al recurso.* [S. 17 de junio de 1963; estimatoria.]

10. CAUCIÓN JURATORIA PARA RECURRIR EL DECLARADO POBRE: *Si bien la obligación impuesta por el art. 137 LAU, a quien intente formalizar recurso de injusticia notoria, de constituir el depósito y acompañar su resguardo al escrito de formalización no afecta a los recurrentes que, por sentencia firme, estuvieren declarados legalmente pobres, esta circunstancia no les exime de prestar, en sustitución de aquél, la caución juratoria de estar dispuestos a satisfacer su importe, si vinieran a mejor fortuna, según dispone el núm. 4º del art. 14 LEC, de aplicación subsidiaria de acuerdo con el art. 150 LAU.* [S. 21 de enero de 1963; desestimatoria.]

11. ERROR DE HECHO: DICTAMEN CALIGRÁFICO HECHO POR MÉDICO FORENSE: *Cuando frente a la sentencia de la Magistratura de Trabajo, que obra en autos como prueba documental y en la que se declara como hecho probado que cierta persona presta servicios como mecánico de bicicletas, por cuenta y bajo la dependencia del arrendatario, de quien obtiene un salario, la Audiencia declara la existencia de un subarriendo, se produce un manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por dicha prueba documental, de la que no puede prescindirse en virtud del informe pericial caligráfico emitido por un médico forense, acerca de la identidad de mecanografía entre la demanda presentada a la Magistratura del Trabajo y algún escrito del pleito.* [S. 26 de septiembre de 1962; estimatoria.]

12. **ERROR DE HECHO:** *El error manifiesto en la apreciación de la prueba acreditado por los documentos unidos a los autos, requiere la contradicción palpable entre el hecho sentado por el Tribunal y lo afirmado por los documentos; contradicción que no se da entre la apreciación de la Sala de que la cesión se realizó a mediados de 1944 y el hecho de que la demandada no figure como vecina en el padrón de 1945 y su hijo fallezca en la casa cuestionada en primero de octubre del mismo año.* [S. 9 de enero de 1963; desestimatoria.]

13. **DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *Es defecto suficiente para no admitir el recurso el que las infracciones pretendidas se denuncien con oscuridad y vaguedad contrarias a la claridad y precisión exigidas legalmente con el mayor rigor.*

ERROR DE HECHO: *Sólo es susceptible de estimación cuando se cite un documento o pericia que, por si sólo, acredite, no la posibilidad, ni aun la probabilidad de lograr otra conclusión distinta, sino la imposibilidad de tener por exacta y cierta la conclusión judicial atacada.* [S. 9 de junio de 1962; desestimatoria.]

14. **RECURSO DE CASACIÓN: EJECUCIÓN DE SENTENCIA:** *En el que autoriza el artículo 1.695 LEC, sólo cabe denunciar la infracción de ley, pero no el quebrantamiento de forma.* [S. 23 de abril de 1963; no ha lugar.]

15. **RECURSO DE CASACIÓN: 1.695 LEC:** *Nuestro ordenamiento jurídico admite un tipo especial de casación contra los autos que dictan las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias, para el supuesto de que al cumplirse materialmente la ejecución de un fallo, se decida de manera distinta a lo que el título resuelve.*

RECURSO DE CASACIÓN: ART. 1.695 LEC: *Al deducir el auto dictado en ejecución de sentencia, del importe de los frutos a cuyo reintegro se condenaba, las pensiones alimenticias entregadas a la esposa y otra suma igual por gastos personales del marido, resolvió un punto sustancial no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia, por lo que procede la casación de dicho auto al amparo del 1.695 de la LEC.* [S. 28 de junio de 1963; ha lugar en parte.]

16. **RECURSO DE CASACIÓN: PARTE DISPOSITIVA:** *Dicho recurso por infracción de ley, sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos a no ser que éstos constituyan premisa obligada de aquélla, siendo ineficar combatir los errores en la motivación contenidos en la recurrida si ésta debe mantenerse por otros fundamentos legales y dentro de los hechos objeto del debate.* [S. 7 de mayo de 1963; no ha lugar.]

17. **INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: INDEFENSIÓN:** *No puede alegarse la inaplicabilidad de un procedimiento, seguido con la plena y absoluta aquescencia del recurrente y citando ahora como aplicables los arts. 1.561 al 1.508 de la LEC, sin concretar cuál es el procedente entre los diversos procedimientos que, dentro de ese grupo de artículos, se regulan, ni en qué ha con-*

sistido la supuesta indefensión, por otra parte, imposible, ya que, tratándose de procesos verbales y sumarios, sus garantías son menores que las del proceso seguido. [S. 18 de mayo de 1962; desestimatoria.]

NOTA: El recurrente alegaba en el recurso que el arrendamiento en cuestión se encontraba excluido del ámbito de la LAU, a tenor del núm. 2, del artículo 2.º de la misma, por tratarse de un Círculo recreativo, y reconocía, incluso, que «... las partes, por ignorancia, según se cree, no hicieron uso de esta realidad». (Cfr. la S. de 15 de febrero de 1949, ADC, II-1.º, 1949, página 507—, para un supuesto no totalmente análogo). (J. G. Y.)

18. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: CITA DE DOCUMENTOS SIN DETALLAR: *No cabe citar los documentos auténticos, en base a los cuales se pretende demostrar el error de hecho, indicando los folios en los que se encuentran contenidos, sin mayor concreción y detalle, pues la jurisprudencia ha declarado que no cabe una cita de documentos, global y sin discriminación alguna. [S. 9 de junio de 1962; desestimatoria.]*

NOTA: El recurrente denunciaba el error de hecho «que resulta de los documentos auténticos del folio uno y del folio treinta y tres».

19. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *No se puede alegar conjuntamente interpretación errónea e inaplicación, pues son términos antitéticos de imposible coexistencia. [S. 2 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

20. RECURSO DE REVISIÓN: INICIACIÓN DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA SU INTERPOSICIÓN: *Aunque el artículo 1.798 LEC establece como plazo para interponer el recurso de revisión el de tres meses, a contar desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad del documento que le sirve de base, ello ha de entenderse, por razones de elemental equidad y justicia, desde el día en que la sentencia firme, declarando la falsedad, fue notificada al recurrente, como se reconoció en sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1952. [S. 14 de junio de 1962; estimatoria.]*

21. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *Existe cuando el propietario que insta la resolución del arrendamiento del piso por no uso del mismo, alega en la demanda que desconoce cuál sea el domicilio del inquilino demandado, solicitando se le emplace por edictos, siendo así que la portera, persona asalariada y de confianza del propietario, que había quedado al cuidado del piso, abonando a éste puntualmente todos los recibos, conocía perfectamente el domicilio del demandado, implicando ello una actuación dirigida a que fuese tramitado el pleito sin oposición legal, vulnerando el sagrado derecho de defensa que asiste a las partes. [S. 19 de octubre de 1962; ha lugar.]*

II. SENTENCIAS ANOTADAS

Las cargas posteriores en la ejecución hipotecaria

(Sentencia de 22 de mayo de 1963)

HIPOTECA: SU NATURALEZA, DERECHO REAL DE VINCULACIÓN Y REALIZACIÓN DE VALOR. EFICACIA ERGA OMNES. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL DUEÑO HIPOTECARIO: *La hipoteca es un derecho real de vinculación y realización de valor; proporcionar al acreedor la seguridad de obtener dicha realización mediante la venta forzosa de la cosa hipotecada en el caso de impago del crédito garantizado, lo que no puede obstaculizar el hecho de que la finca gravada haya pasado a un tercer adquirente, porque la garantía derivada de la hipoteca tiene eficacia real «erga omnes» mediante el ejercicio del «ius distrahendis», derecho que al asegurar el cobro del crédito permite, por no poder perjudicar a éste, que el dueño del inmueble hipotecado conserve sus facultades dispositivas.*

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HIPOTECA PREFERENTE. EFICACIA RESOLUTORIA. CANCELACIÓN DEL ARRENDAMIENTO POSTERIOR INSCRITO: *La hipoteca preferente opera al modo de una condición resolutoria que, en méritos del proceso de ejecución, queda cumplida, ocasionando la liberación total de las posibles hipotecas posteriores y de los gravámenes inscritos con posterioridad, así como provoca la cancelación de la inscripción de arrendamientos,*

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ART. 131 L. H.: LA CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES POSTERIORES IMPLICA LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES FRENTE AL ADJUDICATARIO: *En el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria) origen del presente proceso se acordó y se llevó a efecto la cancelación de las inscripciones posteriores a la hipoteca ejecutada, lo que quiere decir que los derechos amparados por aquéllas quedaron extinguidos, porque los titulares de los mismos han de sufrir la pérdida de su derecho real o afección registrada, sin perjuicio de que puedan ejercitarse las acciones personales que les correspondan contra quienes deban responder de ello, dado que ni la regla 17.^a del artículo 131 L. H. ni la 2.^a del artículo 175 R. H. distingue entre la inscripción de un gravámen y el gravámen en sí, por lo que al cancelarse la inscripción de arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca ejecutante deviene ya ineficaz frente al adjudicatario de la finca arrendada.*

El adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca, pues la prelación hipotecaria en su efectividad ejecutiva provoca la liberación o extinción, cancelándolos, de todos los derechos reales, gravámenes o anotaciones posteriores, por disponerlo así la regla 17 del artículo 131 L. H.

NOTA: La entidad oficial de crédito X. concedió un crédito hipotecario a don Y. en diciembre de 1947, afectándose en garantía varios inmuebles propiedad de este último, y entre ellos, un Hotel-Balneario. Habiéndose incumplido el contrato por el deudor, la entidad acreedora acordó su resolución y ejecutó la hipoteca por el procedimiento del artículo 131 L. H., habiendo iniciado el procedimiento el 4 de diciembre de 1953. Se concedió al acreedor la administración de los frutos y rentas de la finca, lo que no llegó a tener lugar por estar cerrada. Con posterioridad a la fecha de constitución de hipoteca e incluso a la del comienzo de la ejecución, don Y. concertó con don Z. un arrendamiento de industria en el que se comprendía el arrendamiento del hotel previamente hipotecado. Dicho contrato de arrendamiento fue elevado a escritura pública el 26 de febrero de 1954 e inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, si bien se afirma que fue originariamente celebrado como documento privado el 2 de noviembre de 1953, lo que implicaría ser de fecha anterior a la iniciación del procedimiento ejecutivo. Por Auto de 16 de mayo de 1956 se adjudicó la finca a la entidad acreedora en pago de su crédito, y el 4 de febrero de 1957 se cancelaron en el Registro de la Propiedad la inscripción de hipoteca y todos los asientos posteriores, incluido el de arrendamiento. La ejecutante intentó se le pusiera en posesión de la finca judicialmente adjudicada, con el consiguiente lanzamiento del arrendatario, a lo que se negó el Juzgado. No habiendo podido tomar posesión del hotel rematado, la acreedora formuló demanda contra don Y. y don Z. ante el Juzgado de 1.^a Instancia solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento de industria en que se incluía el referido hotel, fundándose: a) en haberse celebrado después de la constitución de la hipoteca, y b) en la subsiguiente simulación del contrato. La pretendida simulación arrendaticia se hizo descansar en la renta desproporcionadamente baja del contrato --8.400 pesetas anuales, frente a las 55.600 pesetas anuales a que ascendían los intereses legales de la deuda hipotecaria de la finca, que había sido tasada para subasta en 4.024.700 pesetas. A pesar de que se había pactado que las obras realizadas por el arrendatario en el edificio para su restauración, quedarían de propiedad del arrendador— y en la presunción de un ánimo fraudulento o doloso por el arrendatario, dada la fecha del contrato, la forma de su celebración e inscripción, y la explotación a que estaba sometido, lo que hacia pensar a la demandante en la búsqueda de un contrato simulado para desvirtuar la hipoteca. Tanto el Juzgado de 1.^a Instancia como la Audiencia desestimaron la demanda de la entidad acreedora. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo admite el recurso, casa la sentencia de apelación y declara extinguido —no anulado— el derecho arrendaticio, condenando a los recurridos a dejar libre el hotel objeto del pleito a disposición de la entidad ejecutante. Todo ello en base a los considerandos extacitados más arriba.

La precedente Sentencia aborda directamente el problema de la eficacia de la regla de cancelación de cargas posteriores vigente en todo caso de ejecución inmobiliaria (cfr. art. 131-17 L. H. en relación con el 133-2). En orden a la virtualidad de la cancelación judicialmente acordada en el acto del remate cabe adoptar, como se recordará, dos posiciones diversas. O se estima que la cancelación implica la mera supresión de constancia registral del derecho, el cual subsiste civilmente inter partes y sólo será ineficaz frente a terceros adquirentes de buena fe —CASTÁN Y CALVILLO—, o por el contrario se piensa, con base en el artículo 97 L. H., que el derecho posterior a la hipoteca o al embargo trabajado en la ejecución queda extinguido al efectuarse el remate judicial, debiendo el adjudicatario recibir la finca libre de las cargas posteriores y sin ninguna otra obligación personal de ellas derivada frente a sus posibles titulares —ROCA SASTRE, GINOT LLOBATERAS—.

Personalmente estimamos más acertada y justa la tesis de la efectiva extinción de las cargas posteriores. En su favor militan, por lo menos,

las siguientes razones (vid. nuestro Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1961, en este ANUARIO, IX-IV, pág. 1020): a) El artículo 225 R. H. expresamente se refiere a los derechos que deban declararse extinguidos, y aunque puede referirse a la extinción registral que se traduce en la cancelación, la expresión es sintomática en orden a la apreciación del fenómeno extintivo, no meramente cancelatorio; b) El hipotecante es titular de un dominio resoluble. Resuelto su derecho por la ejecución, esa resolución debe afectar a todos los titulares de derechos posteriores, cuyo contenido no debe ser más amplio que el derecho de que arranca. Con doble motivo cuando la hipoteca es esencialmente oponible por su publicidad registral constitutiva, y debe repercutir sobre todos los adquirentes posteriores; c) La misma razón práctica que justifica la subsistencia, fundamento «a sensu contrario» la no subsistencia o extinción, al menos frente al rematante; d) Mal puede hablarse de eficacia de un derecho puramente inter partes, cuando aquél afecta o recae sobre una cosa y el adquirente de ésta puede desconocerlo. La posible eficacia civil frente al primitivo obligado se traduce, si acaso, en indemnización supletoria pero no en efectiva titularidad; e) Aunque cuando el rematante adquiere la finca queda registralmente libre, cabría pensar que la cancelación es contemporánea de la adquisición e incluso posterior (mandamiento de cancelación subsiguiente al auto de adjudicación, cfr. regla 17.º), con lo que no desconocía antes de adquirir la vigencia de esas cargas, las cuales podrían serle oponibles en pura teoría de oponibilidad: sólo los adquirentes posteriores que traigan causa del rematante quedarian en su caso liberados. Pero ésto no es cierto. La ineficacia deriva no de la falta de publicidad— la cancelación es más bien consecuencia de la extinción, no viceversa— sino de la estricta declaración legal. No se extinguen porque se cancelen, sino que se cancelan porque se extinguen. Interpretada la regla 17.º artículo 131 según la finalidad del precepto, en función de la garantía hipotecaria y de su necesaria eficacia, nos conduce a este resultado extintivo. La L. H. contempla sólo el aspecto formal, el lado registral de la cuestión, único que le interesa. Por eso habla de cancelación. Pero la virtualidad de la hipoteca y la necesidad de obtener el mayor valor en cambio del bien gravado, exigen la extinción de las cargas no preferentes. Extinción que a su vez comporta: 1) el necesario destino del precio sobrante a favor de los titulares posteriores; 2) la posibilidad de una relación indemnizatoria personal, cuando proceda, entre titular desposeído posterior y concedente originario del derecho. Esto último parece, sin embargo, mucho más problemático, por cuanto el titular de la carga posterior ya conocía —o pudo conocer— el riesgo de resolución de su derecho por consecuencia de la hipoteca anterior.

En fin, la interpretación extintiva que aquí se defiende tiene sólo un condicionamiento o restricción. A saber: cuando el adjudicatario en la subasta sea la misma persona que concedió la carga posterior —o sus herederos—. Entonces no es tercero respecto a ella, sino parte, y no parece justo pedir la extinción frente a él; ello equivaldría a pretender descubrir en perjuicio de tercero un acto voluntariamente realizado por él mismo, lo que no resulta justo. Es decir, que la extinción se producirá siempre que y sólo cuando un tercero meramente civil resulte adjudicatario en la subasta.

El Tribunal Supremo confirma esta interpretación y afirma categóricamente que la ejecución hipotecaria produce la extinción de las cargas posteriores a la hipoteca ejecutante, no sólo su cancelación, de modo que el adjudicatario de la subasta recibe la finca libre de los gravámenes no preferentes. Recoge la doctrina clásica y más común en nuestra patria que ve en la hipoteca un derecho real de vinculación y realización de valor, compatible con otros derechos concurrentes sobre la misma finca, bien que la preferencia concurrente se rija por el principio de prioridad, y funda la norma extintiva en la consideración —igualmente clásica y

ortodoxa— de que la hipoteca opera como una condición resolutoria que ocasiona, cuando se cumple mediante la ejecución, la liberación total o extinción de los derechos posteriores.

Planteada la cuestión en estos términos, acertadamente reconoce el Tribunal Supremo que el contrato de arrendamiento de industria —o, mejor, la relación arrendaticia nacida de ese contrato— es objeto de resolución por la ejecución hipotecaria, y no de nulidad como pretendía el demandante. La presunta imprecisión técnica de la demanda que solicitaba la nulidad del arrendamiento pudiera arrancar de la circunstancia de ser doble el fundamento alegado para la extinción: la posterioridad respecto de la hipoteca y la simulación del contrato. Por virtud de la primera el arrendamiento se habría resuelto, por virtud de la segunda sería nulo. Quizá por eso se involucraron ambos argumentos identificándolos en su resultado. El Tribunal Supremo no entra en la causa segunda de simulación —quizá no suficientemente justificada—, recoge la causa de la resolución y puntualiza técnicamente su eficacia.

Al tener que limitarse al caso concreto planteado, el Tribunal Supremo predica la extinción de las cargas posteriores frente al tercero adjudicatario, sin entrar a considerar la posible excepción antes apuntada de si tal eficacia extintiva quedará enervada cuando el adquirente no es tercero, sino parte en el derecho cancelado. También es lástima que en el supuesto de hecho el arrendamiento posterior inscrito lo fuera de industria, como tal excluido de la legislación especial y sometido al Código civil. Dentro de la disciplina de este último, el criterio extintivo parece claro. Más problemático hubiera sido en el caso de que se tratara de un arrendamiento urbano sometido a la ley especial, cuya energética eficacia protectora pudiera justificar la continuación del arrendatario frente al adjudicatario. Pero esa es otra cuestión, más vidriosa y aun no resuelta expresamente por nuestro más alto Tribunal. Al menos por lo que se refiere a la legislación hoy vigente.

MANUEL AMORÓS GUARDIOIA

Registrador de la Propiedad

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil.

1. SUBARRIENDO: INEXISTENCIA: *La convivencia en familia de los hermanos, como proyección de la misma situación que tenían en vida de su madre, primitiva titular del negocio arrendaticio, elimina con respecto a los mismos la existencia de subarriendo.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1963; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: *La jubilación del esposo en «A» en el cargo que allí desempeñó, unido al deseo del matrimonio de fijar su residencia en «B», constituye necesidad evidente y no merita conveniencia, para ocupar la casa propia, por lo que ha de estimarse el fin útil y necesario básico del concepto de necesidad con arreglo a las normas previstas en la L. A. U., máxime teniendo en cuenta que no existe precepto legal que imponga la convivencia con otras personas, aun cuando sean familiares.* (Sentencia de 18 de junio de 1963; ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: *Es plenamente justificada la necesidad de ocupar el piso que reclama, pues no sería justo ni equitativo obligar al actor, que parece tuberculosis pulmonar incurable, a continuar viviendo en el domicilio de otros, por muy familiares que sean, siendo copropietario de un piso en la misma población donde reside y en el que puede vivir sin ocasionar las molestias y temores que su enfermedad puede producir, naturalmente, a quienes le rodean.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1933.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: DESOCUPACIÓN: *La desaparición de una persona de su residencia habitual por tiempo indefinido, cuando pasan varios años sin tener lugar el regreso, significa, evidentemente, la voluntad del que así procede, de residir en otra parte, sin necesitar para él la vivienda que dejó.* (Sentencia de 2 de octubre de 1963; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *Cuando se trata de valorar unos índices no previstos en la L. A. U., es preciso atender, no sólo a la proximidad de parentesco, sino, además, a la importancia de las cargas familiares y también a las circunstancias personales de la familia que convive con el inquilino, tales como edad, sexo, enfermedad, etc., pues todo lo cual debida-*

mente conjugado conduce a una justa y correcta valoración de las posibilidades de los beneficiarios empatados e incluso dentro del mismo grupo, cuando no es posible que opere el índice de antigüedad previsto en la mencionada Ley locativa. (Sentencia de 24 de junio de 1963; ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: *La facultad que se confiere al arrendador, que necesite para sí la vivienda a denegar la prórroga del contrato al inquilino, lleva consigo la acción resolutoria precisa a esa denegación.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; no ha lugar.)

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CAUSA: INCOMODIDAD: *La tenencia por la inquilina en la vivienda de un número superior de animales a lo que es normal en la vida de relación y convivencia social, con menosprecio del ajeno respeto, es conducta que ciertamente produce incomodidad.* (Sentencia de 4 de julio de 1963; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALIDADES: *La suplicación precisa para que pueda tener viabilidad que el recurrente exprese no sólo el precepto o preceptos infringidos, sino que señale el concepto en que, a su juicio, lo fueron.* (Sentencia, de 14 de octubre de 1963; no ha lugar.)

2. COSTAS: INDICIOS DE TEMERIDAD: *Siendo notoria la temeridad de los recurrentes, por haber dado lugar a la tramitación del recurso con base en razones que, sin duda alguna, no podían prosperar, tenemos que condenarles al pago de las costas causadas.* (Sentencia de 5 de julio de 1963; no ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona:

A cargo de JOSÉ PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. ARRIENDO DE PISO PARA CONSULTORIO DE PEDICURO: CALIFICACIÓN: *Si el inquilino dedicó el piso a consultorio, para el ejercicio de su profesión de pedicuro, la calificación correspondiente al arriendo, es la de vivienda.* (Sentencia de 15 de mayo de 1963; no ha lugar.)

2. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: VIVIENDA Y TINTORERIA: *Arrendada una torre para vivienda, el hecho, de que se autorizara al inquilino a ejercer en ella industria de tintorería no altera la calificación de vivienda correspondiente al arriendo.* (Sentencia de 15 de mayo de 1963; no ha lugar.)

3. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: DERECHO TRANSITORIO: SUBROGACIÓN COLECTIVA: *Los familiares subrogados colectivamente con arreglo al D. de 29 de diciembre de 1931 conservan su derecho arrendaticio aunque al fallecer alguno de ellos durante el tiempo de vigencia de la LAU, no realizaran, los restantes, la notificación prevista en la Disposición transitoria 8.ª de dicha Ley.* (Sentencia de 5 de marzo de 1963; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: *Si el arrendador tuvo conocimiento inequívoco y se dio por satisfecho de la circunstancia de que la hija del anterior inquilino se subrogó en los derechos de este último, la resolución que a la vista de ello declara cumplido el requisito de notificación de la subrogación, no infringe la Ley.* (Sentencia de 5 de junio de 1963; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *No hay abuso de derecho en la reclamación de viviendas para dotar de hogar independiente a todos los hijos con independencia del sexo de los mismos. La Ley no impone el orden en que los propietarios han de recabar para sus hijos que carecen de hogar, los diversos pisos de que los primeros son propietarios.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA, SELECCIÓN: *No infringe la LAU el hecho de no incluir en el cotejo de viviendas, a efecto de selección, a un ático con escaso número de habitaciones, inidóneo para satisfacer las necesidades familiares.* (Sentencia de 4 de julio de 1963; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NOTIFICACIÓN POR MANDATARIO: DATOS DEL REQUERIMIENTO: *La notificación o requerimiento denegatorio de*

prórroga puede realizarse por mandatario general. En la notificación no es preciso señalar el nombre de la persona con quien proyecta contraer matrimonio el beneficiario de la denegación de prórroga. (Sentencia de 1 de julio de 1963; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DOMICILIACIÓN EN POBLACIÓN DISTINTA: *Al actor le basta demostrar la voluntad de residir en otra localidad para que se entienda acreditada la necesidad de tal cambio de residencia: la presunción de necesidad deducida de tal hecho, sólo puede destruirse alegando que el cambio de residencia obedece a motivos fútiles o a pretextos confundibles con la conveniencia.* (Sentencia de 2 de julio de 1963; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CARENCIA DE VIVIENDA PROPIA: *Se halla en situación de necesidad de vivienda quien vive como huésped o realquilado.*

PRELACIÓN EN LA ENAJENACIÓN DE PISOS: IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO DE NEGATORIO DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Si los restantes pisos del inmueble se enajenaron, sin que a su tiempo se impugnaran las enajenaciones por violación del orden legal de prelación, el arrendatario del piso restante no puede oponerse a la denegación de prórroga mediante la invocación de irregularidades en el orden de venta de los demás pisos.* (Sentencia de 2 de julio de 1963; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA. NÚMERO DE FAMILIARES: *Si en uno de los pisos objeto de selección viven con la inquilina subrogada en el arriendo, de estado soltera, dos hermanas, una casada y otra viuda con hijos, el hecho de que la subrogación operara en favor exclusivo de una de las hermanas no es obstáculo a que todas ellas y sus hijos, entren en el cómputo de familiares, a efecto de la selección, ya que tal subrogación no rompió la unidad familiar.* (Sentencia de 18 de junio de 1963; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: *No es preciso que esté contraído el matrimonio en que se basa la presunción de necesidad, bastando con el propósito serio y formal de contraerlo; uno de los hechos que acreditan tal propósito es la publicación de proclamas.* (Sentencia de 5 de junio de 1963; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN: *La necesidad de vivienda hay que reputarla existente, no sólo cuando se den las presunciones legales de necesidad, sino en cualquier otro caso en que se demuestre su existencia; concurre situación de necesidad en el empleado que al jubilarse tiene que abandonar la vivienda que ocupaba por razón del cargo.* (Sentencia de 10 de junio de 1963; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INSUFICIENCIA DE VIVIENDA.

Puede invocar la situación de necesidad quien sólo dispone en su vivienda, de una alcoba en la que duerme con su esposa y otra habitación que sirve de comedor, sala de estar y dormitorio de un hijo, lo que es manifestamente insuficiente:

SELECCIÓN DE VIVIENDA: *No es preciso tener en cuenta, a efectos de la selección de viviendas de un inmueble, la vivienda que no pueda cubrir las necesidades en que se basa la denegación de prórroga.* (Sentencia de 24 de mayo de 1963; no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FALTA DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Puede invocar la situación de necesidad quien convive con su cónyuge e hijos, en régimen de acogimiento familiar en el hogar de un cuñado residente en la misma población.* (Sentencia de 28 de junio de 1963; no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR EL INMUEBLE: DERECHO DE RETORNO: *La falta de notificación del propietario, al inquilino, constituye el incumplimiento de la obligación de reserva de nuevo local en el inmueble reconstruido. La acción de reclamación de vivienda en el inmueble reconstruido no es cierto que sólo pueda ejercitarse a partir del momento en que la finca esté totalmente ocupada, ya que tal momento marca, tan sólo el «dies a quo» del plazo de caducidad para el ejercicio del derecho de retorno, pero nada impide al inquilino el ejercicio de tal derecho con anterioridad a la ocupación total, en los casos en que, como en el de autos, la actuación del inquilino se basa en la falta de notificación al inquilino —establecida en el artículo 82 LAU—.* (Sentencia de 11 de junio de 1963; ha lugar en parte.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA INNECESARIA DE DOS VIVIENDAS: PROHIBICIÓN DE ALTERAR EL DESTINO DE LOS PISOS DESTINADOS A HOGAR FAMILIAR: *Procede denegar la prórroga del arriendo, al inquilino de dos viviendas que habita una de ellas y proyecta destinar la otra al ejercicio de una industria doméstica que anteriormente venía ejerciendo en su casa-habitación.* (Sentencia de 19 de junio de 1963; no ha lugar.)

16. OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN PARCIAL A CARGO DEL ARRENDADOR: *Las obras de reconstrucción parcial de techumbre y cielo raso de un inmueble que no se halla afecto —por su estado físico— a ninguna de las causas de resolución del arriendo previstas en la LAU, son obras de reparación a cargo del arrendador, sin perjuicio de la posible repercusión de tales obras en el precio del arriendo.*

ABUSO DE DERECHO: *No supone abuso de derecho la exigencia por el inquilino de la realización de las obras a que se refiere el anterior apartado tanto más cuanto que la propia LAU prevé la compensación, a cargo del inquilino, del desembolso realizado por el arrendador.* (Sentencia de 5 de julio de 1963; no ha lugar.)

17. RESOLUCIÓN POR IMPAGO DE INCREMENTOS: CONVIVENTES DEL ANTIGUO ARTÍCULO 27 DE LA LAU: *El impago por el inquilino del incremento correspondiente a la convivencia con personas extrañas —al amparo del artículo 27 de la LAU de 1946—, incremento que no fue exigido por el arrendador, no es causa de resolución del arriendo.* (Sentencia de 18 de junio de 1963; no ha lugar.)

18. VIVIENDAS BONIFICABLES: AUMENTO DE RENTAS: EXPEDICIÓN DE NUEVO TÍTULO CON RENTA SUPERIOR: *No cabe aplicar a la renta de un arriendo de vivienda bonificable el tipo señalado en un nuevo título expedido respecto a la misma —con posterioridad a una anterior calificación definitiva— si en el nuevo título se dice que el mismo se expide para atemperar la renta de la vivienda a los módulos establecidos en una disposición de fecha posterior al contrato de inquilinato cuya renta se pretende elevar.* (Sentencia de 10 de mayo de 1963; no ha lugar.)

19. VIVIENDAS BONIFICABLES: NUEVA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: IMPUGNACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *La jurisdicción ordinaria no puede discriminar sobre un acto administrativo cual es el acuerdo de la Junta Nacional del Paro que estableció una nueva calificación de una vivienda con una nueva renta.* (Sentencia de 25 de enero de 1963; no ha lugar.)

20. VIVIENDAS BONIFICABLES: AUMENTO DE COSTO DE CALEFACCIÓN: *Las consecuencias de las deficiencias en la prestación del servicio de calefacción en viviendas bonificables sólo se rigen por la LAU si no existen normas específicas en la legislación especial de tales viviendas. La Orden de 9 de octubre de 1957 tuvo en cuenta el aumento en el índice de precios y con base en el artículo 4 de la tal Orden no ha lugar a que el arrendatario cargue al arrendador con el mayor gasto de calefacción si el propio inquilino atendió al mismo.* (Sentencia de 8 de febrero de 1963; no ha lugar.)

21. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO, DESALOJO DE LOS SUBARRENDATARIOS: *Extinguido el subarriendo, al extinguirse el arrendamiento, procede el lanzamiento de los subinquilinos, al decretarse la resolución del arrendamiento, sin que sea preciso acudir al desahucio por precario para desalojar a los subarrendatarios.* (Sentencia de 18 de junio de 1963; no ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN POR CAUSA DE SUBARRIENDO: CONVIVENCIA CON MATRIMONIO EXTRANO QUE PAGA EL ALQUILER: *Es causa de resolución, por subarriendo, el hecho de que, con el arrendatario, conviva un matrimonio con sus hijos y la hermana de la esposa, los que abonaban el alquiler del piso y el suministro de alumbrado.* (Sentencia de 10 de mayo de 1963; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE NUEVA HABITACIÓN: *La construcción de una nueva habitación aprovechando para ello una galería abierta anteriormente existente supone un cambio de configuración.* (Sentencia de 4 de junio de 1963; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CINTA AISLANTE DE MATERIAL ASFÁLTICO: *No es causa de resolución la introducción, por el inquilino, de una cinta aislante de asfalto entre el pavimento y la base de sustentación del tabique para evitar la humedad, por eliminación de su poder de absorción del agua existente en el subsuelo de la edificación ya que ello ni altera la configuración ni desmerece los materiales.* (Sentencia de 28 de mayo de 1963; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: SUPRESIÓN DE TABIQUE: *Constituye cambio de configuración la supresión del tabique de un pasillo, eliminando éste y ensanchando el comedor, ya la construcción de un falso tabique en una alcoba.* (Sentencia de 20 de mayo de 1963; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. PROCESO ARRENDATARIO: INTERVENCIÓN DE TERCERO: LEGITIMACIÓN SUSTITUTIVA Y LEGITIMACIÓN ADHESIVA: *Si se admitió como parte, sin protesta del actor, a un tercero que compareció a defender sus derechos con legitimación sustitutiva, distinta de la adhesiva, es necesario resolver sobre el fondo de la demanda en cuanto pueda afectar al tercero comparecido.* (Sentencia de 5 de junio de 1963; ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *El mecanismo de interpretación de la prueba corresponde a los Tribunales de Instancia y si éstos afirman la existencia de un subarriendo, la Audiencia no puede sentar una conclusión contraria.* (Sentencia de 15 de enero de 1963; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PRECEPTOS QUE CABE INVOCAR: *Los artículos 1.281 a 1.283 del Código civil son ajenos a derechos concretos reconocidos en la LAU y por ello no pueden ser invocados con éxito en el recurso de suplicación.* (Sentencia de 20 de mayo de 1963; no ha lugar.) (Análogamente Sentencia de 9 de febrero de 1963 —también desestimatoria del recurso— con referencia a la invocación de los artículos 15, 320, 1.407, 1.412, 1.413, 1.249 y 1.384 C. c. y artículo 2 del D. de 12 de junio de 1899.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: VICIOS IN PROCEDENDO: *No cabe fundamentar con éxito el recurso de suplicación en la invocación de infracciones procesales.* (Sentencias de 1 y 8 de febrero, 22 de abril y 28 de junio de 1963; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DEL DERECHO: *El recurso de suplicación no puede basarse en la inaplicación del principio que proscribe el abuso del derecho.* (Sentencia de 21 de junio de 1963; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: CASUÍSTICA: *La vinculación del oficio manual, de pura habilidad del recurrido —que se limita a prestar su trabajo directamente a quien lo necesita— a un local determinado, calificado como habilación en el contrato arrendaticio, no sujeto a la fianza de dos meses que impone el artículo 105, ni al juego de otros incrementos que los establecidos para la vivienda e identificando como inquilino al que lo ocupa (S. 17-5-59), no alcanza a transformar la naturaleza objetiva del local y otorgarle el carácter de local de negocio, ni en el momento inicial del contrato, ni en virtud de actos unilaterales posteriores.* (Sentencia de 31 de mayo de 1963; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR EJERCICIO DE LA INDUSTRIA DE PENSIÓN, EXTINGUIDA LA AUTORIZACIÓN PROVISIONAL CONCEDIDA POR EL ARRENDADOR: COMPETENCIA: *Es competente el Juzgado Municipal en primera instancia, pues el contrato que da origen a la relación arrendaticia claramente manifiesta el destino acordado, que fue el de vivienda, sin que el hecho de que posteriormente se concediese por el arrendador que, de manera provisional, se pudiera dedicar el piso a recibir huéspedes, mientras no se reedificase otro donde la arrendataria tenía establecida una pensión, implique una autorización definitiva de transformación, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de junio de 1960, que a su vez hace referencia a las de 6 y 12 de diciembre de 1949, que a efectos de determinar la competencia objetiva tienen que partir los Tribunales de los términos del contrato; y por tanto es éste y no el hecho constitutivo de una infracción del mismo lo que hay que tomar en consideración.* (Sentencia de 15 de junio de 1963; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: RECIBOS EXTENDIDOS A NOMBRE DE LA DEMANDADA TRAS EL FALLECIMIENTO DEL ANTERIOR ARRENDATARIO, POR EL HIJO POLÍTICO DEL DUEÑO, QUE ES QUIEN VIENE ACTUANDO EN NOMBRE DE ÉSTE: *Con ese solo hecho el arrendador está proclamando que le había sido comunicada la subrogación y que la había aceptado, ya que el expedir los recibos a nombre de un nuevo arrendatario, con derecho a subrogarse, una vez fallecido el primitivo, implica una clara y terminante declaración de voluntad de efectos plenamente vinculantes para el arrendador, sin que obste que tales recibos fuesen firmados por su hijo político, por cuanto, ante la ausencia material del arrendador de la localidad en que está sita la finca, no puede ser calificado aquél como mero cobrador de rentas, al ser él mismo quien redacta los recibos y los fir-*

ma anteponiendo las siglas P. O., lo cual indica una relación jurídica existente entre ambos, bien se califique como nacida de un verdadero acto de apoderamiento, con facultades más o menos amplias, o bien como asignada por un simple mandato verbal, pero lo cierto es que dicho hijo político es quien se encontraba al frente del edificio actuando constantemente en nombre del propietario y al no ser necesario al administrador para arrendar, mandalo expreso —art. 1.713 C. c.— con mayor evidencia pudo subrogar a la demandada en la posición de arrendatario. (Sentencia de 30 de mayo de 1963; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ES EFICAZ EL REQUERIMIENTO SI EN ÉL SE EXPRESA, COMO CAUSA DE LA NECESIDAD, EL MATRIMONIO DE UNA HIJA, SIN QUE EL POSTERIOR TRASLADO DEL ESPOSO A LA LOCALIDAD DONDE RADICA LA FINCA TENGA RELEVANCIA A ESTOS EFECTOS: *Sentado que el matrimonio de la hija del actor fue la causa esencial de la negativa de prórroga, como así se hizo constar en el requerimiento previo, no cabe alegar que la verdadera necesidad nació con el traslado voluntario del esposo a la Ciudad donde radica la vivienda litigiosa, que siendo algo completamente accidental no afecta a las relaciones contractuales entre las partes, pues lo que hace nacer la acción del arrendador es que su hija contraiga matrimonio, no importando el domicilio legal del marido, sin que precepto legal alguno impida que dicho matrimonio, una vez contraido, fije su residencia, oficial o de hecho, donde mejor responda a sus intereses, resultando innecesario que en el requerimiento se mencione tal traslado futuro.* (Sentencia de 15 de mayo de 1963; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ES PERFECTAMENTE LÍCITO PRÉTENDER LA DENEGRACIÓN DE PRÓRROGA DE UN PISO PARA AMPLIAR EL ESPACIO DISPONIBLE EN OTRO DE LA MISMA FINCA: *No cabe alegar que el piso reclamado es insuficiente para las necesidades del actor, por ser de inferiores condiciones que el que ocupa actualmente, pues como éste con aquél son suficientes en orden al fin proquesto en la misma casa de su propiedad, aunque individualmente cada una de aquellas viviendas no lo sea, para conseguir su propósito tenía que denegar la prórroga al inquilino ocupante del piso que reclama; y accediendo a ello la sentencia no ha infringido ningún precepto de la LAU, porque ésta, que tiene carácter social, resuelve a favor del propietario en los casos de necesidad acreditada del mismo, como ocurre en el debatido, la colisión de derechos que puede surgir con el inquilino ocupante del piso que se reclama.* (Sentencia de 31 de mayo de 1963; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: ÁMBITO DEL CONCEPTO DE FAMILIARES A ESTOS EFECTOS: *El sobrino convivente con el arrendatario y su esposa no tiene el carácter de familiar a los efectos selectivos, pues este concepto, deducible de los artículos 24 y 58 de la LAU que tienen igual extensión que el artículo 143, completado con el párrafo 2.º del 174, del Código Civil, conviene sólo a aquellas personas que por razón de parentesco puedan suceder al inquilino en el disfrute de la vivienda arrendada, bien sea intervivos (cesión) o mortis causa (subrogación), esto es, los obligados a prestar o facultados para pedir alimentos, entre los que no se encuentra aquél.* (Sentencia de 31 de mayo de 1963; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: SON FAMILIARES A ESTOS EFECTOS LA NUERA Y NIETOS DEL ARRENDATARIO: *Dentro del concepto de familia a que alude el artículo 64 de la LAU, es evidente que están comprendidos los enunciados, por ser de buen sentido común además de normal y corriente que convivan abuelo, nuera y nietos, sin que quepa distinguir donde la Ley no distingue, a los específicos efectos de dicho precepto, la clase y grado de parentesco con el inquilino u ocupante principal, si esta convivencia no es ficticia o forzada.* (Sentencia de 31 mayo de 1963; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: ES IRRELEVANTE A ESTOS EFECTOS LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO QUE OSTENTA EL HIJO DE LA ARRENDATARIA: *El beneficio que en materia de selección de viviendas establece la LAU en favor de los funcionarios públicos, se da tan sólo en el caso de que ostente dicha condición el arrendatario o su cónyuge, porque en este último caso los cónyuges no son parientes, sino que se consideran la misma persona, en virtud de lo dispuesto a tales efectos por los artículos 56 y 58 del Código Civil; siendo, por tanto, irrelevante a los fines pretendidos la concurrencia de aquella condición en el hijo de la arrendataria, como se deduce de la Sentencia del T. S. de 14 de noviembre de 1962.* (Sentencia de 11 de julio de 1963; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ES SUFFICIENTE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA ACTORA DE TENER HOGAR INDEPENDIENTE: *Tan sólo esa manifestación de voluntad obra como causa de imprórroga, sin que sea preciso la demostración de los motivos internos que se exteriorizan con el ejercicio de la acción, pues la situación de vida en común puede darla por terminada la arrendadora en el momento que la convenga, al no podérsele imponer la convivencia de una manera coactiva.* (Sentencia de 11 de julio de 1963; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NO USO: CIRCUNSTANCIAS QUE NO CONSTITUYEN JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CASUÍSTICA: *La circunstancia de cursar estudios una hija sordomuda del arrendatario en M, donde radica el único Colegio existente para esta clase de alumnos, en relación con la de ocuparse el piso discutido por la familia en la temporada veraniega, así como periódicamente por aquél en razón de viajes de servicio como funcionario del Cuerpo General de Policía, no obstante su destino en M, desde hace más de once años, no constituye justa causa de desocupación al no sentar la sentencia impugnada que el actual destino del arrendatario sea provisional, motivado por la estancia de su hija en el indicado Colegio, donde, por otra parte, ingresó un año antes de la iniciación del pleito, siendo también intrascendente a los efectos pretendidos, la sola ocupación de la vivienda durante el verano y las aisladas estancias por razón del servicio, toda vez que no cubren el periodo de ocupación mínimo que prescribe la Ley.* (Sentencia de 28 de junio de 1963; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR DEMOLICIÓN: PUDO HACERSE VÁLIDAMENTE EL REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA DESDE LA FECHA DEL ACUERDO GUBERNATIVO POR NO SER ÉSTE RECURRIBLE: *El acuerdo gubernativo fue firme y ejecutivo desde su fecha —art. 79, 2 de la LAU— y, por tanto, pudo hacerse desde entonces el preceptivo requerimiento denegatorio de prórroga, sin que quepa alegar lo*

contrario con base en que dictado aquél en 24-VIII-61, al notificarlo a los interesados se les hizo saber que contra ese acuerdo podían interponer recurso de reposición en el término de un mes y el acto de conciliación se formuló el 2 de septiembre siguiente. (Sentencia de 15 de mayo de 1963; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR DEMOLICIÓN: SI NO SE DISCUTIÓ LA OBLIGACIÓN DE RESERVA NO CABE APLICAR LAS SANCIONES DEL ARTÍCULO 88 DE LA LAU: *El contenido del proceso en el que recayó la sentencia impugnada lo constituyó la polémica, suscitada entre arrendatario y arrendador, cerca del alcance del artículo 91 de la LAU, no el específico incumplimiento de la obligación de reserva que establece el artículo 82, lo que impide abrir la virtualidad de las sanciones previstas en el artículo 188.* (Sentencia de 11 de julio de 1963; estimatoria.)

13. OBRAS A CARGO DEL ARRENDADOR: NO LO SON LA INSTALACIÓN DE UNA COCINA CON CHIMENEA APTA PARA LA EXPULSIÓN DE HUMOS Y GASES, ASÍ COMO LA DE UN WATER CON AGUA CORRIENTE EN LOCAL NO DESTINADO A VIVIENDA: *Aseverando la sentencia impugnada que el destino del local arrendado no fue el de vivienda, hace inútiles las alegaciones del actor, siendo, por otra parte, inaplicables los artículos 107 de la LAU y 1.554 del Código Civil, pues el concepto de reparaciones en que ambos se hallan inmersos es totalmente distinto del de instalación en lo arrendado de elementos no comprendidos en un arrendamiento, iniciado diez años antes de la presentación de la demanda y que modificarian la fisonomía estructural del espacio cedido en uso.* (Sentencia de 15 de junio de 1963; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO CABE INVOCAR LA INFRACCIÓN DE PRINCIPIOS DE DERECHO: *El artículo 132 de la LAU sólo admite como fundamento del recurso la infracción de Ley o doctrina legal y la errónea aplicación del abuso de derecho, mas no la infracción de un principio de derecho, aunque, como ocurre en el presente caso, esté recogido y sancionado por la doctrina jurisprudencial, cuando no se cita o señala la jurisprudencia que lo apoya.* (Sentencia de 11 de julio de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: REQUISITOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA FUNDAMENTARLO EN EL ABUSO DE DERECHO: *Cuando se trae a los autos la aplicación o inaplicación errónea de la doctrina del abuso de derecho, ha de precisarse si la vulneración se produce en el ámbito mismo de la teoría, subsumida en los fundamentos fácticos de la sentencia impugnada, o en la mera aplicación procesal, si el juzgador de instancia sentó, con desconocimiento o violación de las reglas legales de apreciación probatoria (de imprescindible e individualizada cita), determinados hechos que justifican su postura ante el artículo 9 de la LAU.* (Sentencia de 28 de junio de 1963; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CASOS EN QUE PUEDE INVOCARSE EL ABUSO DE DERECHO: *Para fundar el recurso de suplicación en la errónea aplicación del abuso de derecho, se requiere que la sentencia lo haya aplicado con error, bien de oficio o a instancia de parte, o cuando menos, que se haya omitido su decisión mediante el adecuado pronunciamiento, una vez invocado en forma concreta.* (Sentencia de 15 de mayo de 1963; desestimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. CESIÓN Y SUBROGACIÓN INTERVIVOS A FAVOR DE FAMILIARES CONVIVENTES: *La cesión, cosa distinta de la subrogación autorizada por el art. 24 de la LAU, tiene que operarse entre extraños o familiares no conviventes porque el hecho de la convivencia con éstos impide conocer cuándo termina para dar paso a la cesión.* (Sentencia de 20 de marzo de 1933; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: DEBE PROSPERAR LA DEMANDA SI NO SE PRUEBA QUE EL ARRENDADOR CONOCÍA LA REALIDAD DE LA CESIÓN, AL NO RESULTAR OSTENSIBLE EL HECHO DE LA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL CESIONARIO: *Tratándose de una cesión entre parientes que venían ocupando la vivienda, sin interrupción, conjuntamente con el inquilino desde la iniciación del contrato, ante la falta de ostensibilidad para el arrendador del hecho de la ocupación, para el éxito de la acción debe probarse que éste conoció la realidad de la cesión en la fecha alegada.* (Sentencia de 4 de febrero de 1963; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INTRASCENDENCIA DE DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS PARA EL ÉXITO DE LA DEMANDA: *No constituyen obstáculo a la prosperabilidad de la demanda la circunstancia de que el actor, en la vivienda más amplia que pide, haya de realizar mejoras y aún obras de adaptación, ya que como propietario que es ningún precepto legal le limita esa facultad y tampoco existe normativa que imponga en esos supuestos establecer un estado comparativo sobre la situación actual de comodidad de la que se tiene en relación con la que se reclama.* (Sentencia de 2 de febrero de 1963; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ACTOR PROPIETARIO DE DOS O MÁS VIVIENDAS EN UNA FINCA DIVIDIDA HORIZONTALMENTE: SELECCIÓN: *Es defectuoso el requerimiento denegatorio de prórroga en el que la actora expresa que la pretendida vivienda era la única de su propiedad, cuando en realidad se le había adjudicado otra en la misma finca, a virtud de escritura de división horizontal, pues el núm. 3 del art. 64 LAU al referirse al supuesto de que el arrendador posea más de una finca arrendada, entiende por finca la totalidad del inmueble urbano y no cada una de las viviendas resultantes de aquella división, aunque hipotecariamente lo sean.* (Sentencia de 23 de febrero de 1963; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: NO LO ES EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES LABORALES EN EL EXTRANJERO: *No puede considerarse como*

justa causa de desocupación la permanencia voluntaria en París de la inquilina, única ocupante de la vivienda litigiosa, durante nueve meses, basada en necesidad para el ejercicio de su trabajo, pues aparte de que tal necesidad no ha sido probada, esa ausencia podría serle conveniente y a mayor abundamiento, el Decreto de 31 de octubre de 1958 únicamente considera como justa causa de desocupación la actividad laboral en las provincias y plazas de soberanía española en África. (Sentencia de 4 de marzo de 1963: desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NECESIDAD: PUEDE SER REVISADO ESTE CONCEPTO EN EL RECURSO: *El término "necesidad" tiene un sentido jurídico y, por tanto, es susceptible de examen y revisión en el recurso de suplicación, si bien ésta ha de efectuarse partiendo de las conclusiones fácticas a que se ha llegado. (Sentencia de 14 de marzo de 1963; desestimatoria.)*

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CARÁCTER DE LAS NORMAS QUE RIGEN LA CONGRUENCIA: *Las reglas rectoras de la congruencia que debe presidir las resoluciones judiciales, sancionadas en el art. 359 de LEC, son de orden sustancial a los efectos de suplicación y no de carácter meramente adjetivo. (Sentencia de 4 de febrero de 1963; desestimatoria.)*

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ.
Magistrado

I. Derecho civil.

1. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: FALTA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: INAPLICABILIDAD DEL DECRETO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1956 Y DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.^a DE LA LAU: *Fallecida la inquilina el 11 de noviembre de 1961, y transcurridos noventa días sin efectuarse en forma la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3.^a del artículo 58 de la L. A. U. vigente, deviene en aplicación la causa resolutoria undécima del artículo 114, sin que lo sea el Decreto de 28 de septiembre de 1956, que hace referencia al párrafo 2.^a de la disposición transitoria 8.^a, al no darse el problema de derecho intertemporal que la última contempla.* (Sentencia de 29 de julio de 1963; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: DAÑOS: CASUÍSTICA: *Del hecho de haber proporcionado el dueño la fregadera, azulejos y un marco, no puede inferirse una autorización para obras de gran envergadura no sólo en la casa, sino referentes también a una construcción aneja, con su secuela de daños y denuncia subsiguiente, salvo riesgo de enervar normalmente toda posibilidad de resolución de contrato por obras inconsentidas.* (Sentencia de 7 de agosto de 1933; desestimatoria.)

3. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: FUNDAMENTO: *La competencia en los procesos especiales arrendatarios, está señalada por la actividad que en las viviendas arrendadas o locales alquilados se desarrolla, atendiendo con ello el legislador a la mayor trascendencia que supone la resolución de un contrato, o de cuestiones que le pueden afectar, en el que además de satisfacerse la necesidad de alojamiento que la vivienda representa, sirve para obtener la satisfacción de otra necesidad inherente a la persona, cual es la de obtención de los medios económicos que la actividad industrial o profesional supone.*

SITUACIÓN DE HECHO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA EN LOCALES DE NEGOCIO Y VIVIENDA CUALIFICADA POR EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL: *Si bien en los contratos de arrendamiento de local de negocio, la determinación de la competencia, obedece a la situación fáctica originaria o existente al tiempo de la celebración del contrato, de acuerdo con la voluntad de las partes y características del objeto locado; cuando lo sea de vivienda cualificada por el ejercicio de una actividad profesional, la Ley no defiere la competencia*

a tal momento originario, sino a la situación de hecho realmente existente al tiempo de plantearse el litigio, como lo demuestra la expresión «ejerza» utilizada en el artículo 122 de la L. A. U. (Sentencia de 10 de agosto de 1963; desestimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ARRENDADORA USUFRUCTUARIA QUE A SU VEZ ES PROPIETARIA DE OTRAS VIVIENDAS QUE NO SATISFACEN LAS NECESIDADES DEL DESCENDIENTE PARA QUIEN SE RECLAMA EL OBJETO LOCADO: *La circunstancia de que la actora sea simple usufructuaria de la vivienda que por necesidad de un descendiente reclama, y a la vez sea propietaria —con plenitud de dominio— de otros pisos, no obsta a la viabilidad de la acción ejercitada, cuando acontece que las últimas no pueden satisfacer la necesidad propia de la persona para quien se reclama, ya que lo interesante es que la postulada realice plenamente el fin denegatorio. Otra interpretación pugnaria con el sentido gramatical del párrafo 3.º del artículo 64 de la L. A. U. (Sentencia de 20 de agosto de 1963; desestimatoria.)*

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONVIVENCIA NO DESEADA: CASUÍSTICA: *Careciendo el actor del título de arrendatario de la vivienda que ocupa con su propia familia y cuñada, a nombre de quien se giran los recibos de renta, por lo menos desde el año 1957, dicha situación procede calificarse como de simple convivencia, sin que la misma varie el elemento subjetivo de la relación arrendaticia por la atribución que suponga y se haga de la vivienda a efectos del uso de determinados servicios o suministros, y la que nadie está obligado a mantener por no venir impuesta por norma alguna y no ser deseada, lo que acredita la realidad de la necesidad, base de la pretensión denegatoria de prórroga. (Sentencia de 22 de agosto de 1963; desestimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO EXPRESO POSTERIOR A LAS MISMAS PARA OTRAS OBRAS QUE SUPONEN LA PRESUMPTACIÓN DE CONFORMIDAD PARA LAS PRIMERAS: *No discutido el hecho de que las obras realizadas, origen de litis, lo fuesen en el año 1953, ni que las mismas alterasen la configuración de la vivienda arrendada, ante el hecho cierto de que el arrendatario conoce, al menos de forma exterior, la apertura de huecos, hecho visible que no puede escapar a la percepción de quien vive en la proximidad del edificio en que dichas ventanas se abren, la firma por el arrendador del documento de 17 de septiembre de 1956, en el que se autorizaba a la sociedad arrendataria a la realización de obras de superior importancia, hasta el punto que podían modificar totalmente la primitiva configuración del inmueble, es evidente que ello supone la prestación del consentimiento necesario a las alteraciones anteriores efectuadas por el arrendatario, lo que implica una tácita autorización ratificatoria. (Sentencia de 24 de agosto de 1963; desestimatoria.)*

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CONVIVENCIA QUE NO CONSTITUYE SUBARRIENDO: INVERSIÓN DE PRUEBA: CASUÍSTICA: *Acreditado que con la*

inquilina habitan el piso litigioso su hijo M. y la esposa de éste, la circunstancia del parentesco íntimo de los terceros que sin consentimiento del arrendador conviven con la arrendataria obsta a la presunción de subarriendo elaborada por la jurisprudencia, y, por consiguiente, no relevado el actor de la carga de probar el tiempo y precio cierto que integran los requisitos del subarriendo —o el desplazamiento de la titularidad locativa del inquilino hacia otras personas, en la hipótesis de cesión—, tiene la obligación de justificar tales extremos para que el hecho «sub iudice» pierda el carácter de mera convivencia y pueda ser tenido del impronto de subarriendo o cesión. (Sentencia de 31 de agosto de 1963; desestimatoria.)

8. COMPETENCIA: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO REALIZADA BAJO EL SIGNO DE UNA LEGISLACIÓN AUTORIZANTE: *Si bien, por regla general la competencia viene determinada por la calidad originaria del contrato, como evidentes razones de seguridad exigen, para evitar que la actuación unilateral e irregular del arrendatario altere la natural atribución del litigio; cuando la transformación de la vivienda en local de negocio se ha realizado bajo el signo de una legislación autorizante, las disposiciones sobre competencia de la Ley actual deben necesariamente entenderse referidas a todos los establecimientos que eran válidamente locales de negocio en el momento de su entrada en vigor. (Sentencia de 2 de septiembre de 1963; estimatoria.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: VIVIENDA SOLICITADA PARA UN ASCENDIENTE: SELECCIÓN: NO NECESIDAD DE LA MISMA, CUANDO EL ACTOR CARECE DE OTRA VIVIENDA, AUNQUE SUS HERMANOS SEAN PROPIETARIOS DE OTRAS ARRENDADAS: CASUÍSTICA: *No existiendo norma alguna que obligue a los hijos a dar vivienda a los padres, ni que conceda a éstos derecho a reclamarla, sino tan sólo la que otorga al arrendador la facultad de negar la prórroga por necesidad de sus ascendientes, es indudable que, no puede el inquilino exigir el concurso de todos los hijos, que sean arrendadores de distintos pisos, en el caso de que uno de ellos ejerzte lo que es meramente facultativo, ni tampoco la realización de la selección previa, ante el evento de inquilinos más modernos y de menos familia ocupantes de las viviendas propiedad de alguno de los hermanos del actor, ya que el artículo 64 de la L. A. U. únicamente indica la prelación entre arrendatarios de las viviendas de que conste una misma finca urbana del mismo arrendador, al constar acreditado que el actor no tiene más vivienda apta de servir de habitación que la reclamada, ya que no puede calificarse como tal la edificación que prescribe obras de transformación o adaptación, a quien nadie está obligado.*

DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: *Queda acreditada la necesidad postulada por el actor, al convivir con él su madre, la que carece de hogar propio e independiente, ya que nadie está obligado a sostener convivencia no deseada, y menos exigirselo justificación de una imposibilidad de hecho, o del deseo de iniciar otra con alguno de sus restantes hijos, puesto que la convivencia lejos de venir impuesta por un precepto, la propia Ley trata de evitar. (Sentencia de 5 de septiembre de 1963; estimatoria.)*

10. FINALIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: *El arrendamiento, en cuanto al arrendatario concierne, tiene por objeto la obtención de una vivienda que sirva a las necesidades de alojamiento, pero si el arrendatario tiene constituida una familia, tal necesidad se extiende a todos y cada uno de sus miembros, teniendo todos ellos igual derecho que el cabeza de familia a la ocupación de lo arrendado, aunque centrándose la titularidad en el arrendatario, constituyendo unos y otros en dicha vivienda el hogar familiar.*

SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CASO DE CONVIVENCIA DEL SUBROGADO EN LA VIVIENDA CON DOS AÑOS DE ANTELACIÓN AL FALLECIMIENTO DEL TITULAR Y AUSENCIA TRANSITORIA DE LA INQUILINA PARA VISITAR A UN HERMANO QUE SE PROLONGÓ POR MÁS DE DOS AÑOS POR ENFERMEDAD QUE LA ACARREÓ LA MUERTE: CASUÍSTICA: *Acreditado en autos que la inquilina doña A. Z. el 11 de diciembre de 1958, emprendió viaje a Méjico con el fin de visitar a unos familiares, dejando en la vivienda todos sus muebles, enseres y ropa, continuando en el uso de la misma su hijo F. P. el que, desde antes ya lo hacía así, formando con su madre la familia propia; la circunstancia de que el propósito meramente transitorio de ausencia fuese alargado y prolongado durante más de dos años a consecuencia de enfermedad que impidió su regreso y originó últimamente el óbito de la inquilina, sin que durante su permanencia en el extranjero constituyese hogar propio e independiente y sin cesar de ser arrendataria del piso litigioso, pasándose los recibos a su nombre, aunque pagados por su hijo que siguió viviendo y ocupando el objeto locado, no es óbice alguno para que cumplidos los requisitos de los artículos 58 y 59 de la L. A. U. el hijo pueda subrogarse en el contrato locaticio.* (Sentencia de 5 de septiembre de 1963: estimatoria.)

11. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS QUE NO CONSTITUYEN SUBARRIENDO: CASUÍSTICA: *La presencia en la vivienda litigiosa de doña B. U., antigua sirviente de la casa, necesariamente acompañada hoy por su esposo, cuando el demandado don M. M., médico jubilado, de setenta y siete años y viudo, no puede ser ya asistido, circunstancial o definitivamente, por su hija, requerida por sus propias obligaciones conyugales, en forma alguna puede definirse como subarriendo de vivienda, sino como arrendamiento de servicios, concretamente de servicio doméstico, una de cuyas prestaciones naturales, siempre ajena a la nota de especulación sobre la vivienda, característica del subarriendo de inmuebles, es el acogimiento del arrendatario en la familia y domicilio donde presta sus servicios.* (Sentencia de 14 de septiembre de 1963: desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: CASUÍSTICA: *Si bien la simple permanencia de algunos muebles y efectos no puede significar una ocupación, que se da cuando es efectiva la presencia del inquilino y familiares para satisfacer las necesidades de la vida doméstica, dicha desocupación queda justificada al haberse tenido que abandonar la vivienda a raíz del siniestro acaecido el 4 de septiembre de 1962, ya que a consecuencia del*

incendio las dependencias arrendadas resultaron inhabitables, situación en que actualmente se encuentran por omisión de las reparaciones que son de cargo de la parte arrendadora, a quien la Ley obliga inexcusablemente al haberse demostrado que no pueden subsumirse en el concepto legal de obras de reconstrucción que resulta del artículo 118 de la L. A. U. (Sentencia de 29 de octubre de 1963; desestimatoria.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: CASO DE FALLECIMIENTO DEL HIJO, PARA QUIEN SE SOLICITÓ LA VIVIENDA EN EL REQUERIMIENTO PREVIO, ANTES DE LA PROMOCIÓN DE LA DEMANDA, SUBSISTIENDO SU ESPOSA E HIJO: CASUÍSTICA: *Reclamada la vivienda para que la ocupe un descendiente del actor y su familia, compuesta en el momento del requerimiento previo por el mismo, su esposa y un hijo común, residentes desde que contrajeron matrimonio en la localidad en donde está ubicada la vivienda, conviviendo con un pariente próximo por carecer de hogar propio e independiente, procede estimar acreditada la necesidad, ya que no existe norma legal que imponga convivencia no deseada, aunque el domicilio en donde se encuentra acogida la nueva familia tenga amplitud suficiente para la vida de todos en común; y sin que sea óbice, el que, durante el transcurso de tiempo existente entre el preaviso y presentación de la demanda falleciera el padre de familia, hijo de la actora, y que en la postulación judicial se pretendiera el objeto locado para la viuda e hijo, puesto que los últimos siguen constituyendo la misma familia independiente, y con las mismas necesidades que la que formaban con su marido y padre fallecido, y para quien, globalmente, se hizo el requerimiento previo.* (Sentencia de 29 de octubre de 1963.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: VIVIENDAS EXTERIORES E INTERIORES: CASUÍSTICA: *Fundada la denegación de prórroga en las características del piso reclamado, diferentes a las de los pospuestos, aquel exterior y los últimos interiores —como tal ha de considerarse el último, abuhardillado, que carece de balcones y tiene ventilación por una claraboya y sólo ventanas al exterior por la parte zaguera, o sea, por donde las tienen los restantes interiores—, siendo el negado el único que satisface las necesidades pretendidas, no es preciso hacer constar en el requerimiento las personas que lo ocupan, cuando expresamente se indican las que viven en los pospuestos, y por ello cumplidos los requisitos contenidos en los artículos 64 y 65 de la L. A. U.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *No la constituye a los efectos del artículo 132 de la L. A. U., con carácter vinculativo para el Tribunal, las sentencias dictadas en recurso de suplicación por otras Audiencias Territoriales.* (Sentencia de 29 de octubre de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACION DE RENTAS PARA RECURRIR: SUPUESTO DE ARRENDATARIO EN REBELDÍA: OCUPANTE DE LA VIVIENDA RECURRRENTE: *La interposición del recurso de suplicación sin acreditación del pago o consignación de las rentas vencidas y no satisfechas, conculca lo prescrito en el artículo 148 de la L. A. U. y deviene en la nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la presentación por el recurrente del escrito impugnatorio, así como firme y ejecutoria la sentencia de instancia; tesis aplicable al caso en que, demandado el primitivo arrendatario, también lo sea el ocupante real de la vivienda, dándose lugar en la instancia a la resolución locativa pretendida por el actor, con la rebeldía del primero y presencia del segundo quien interpone el recurso de suplicación), en virtud de estimar acreditada la cesión ilegal postulada, ya que advenido al uso de la vivienda por derivación del primitivo arrendatario, le alcanzan todas las obligaciones del último, máxime al venir al proceso como parte y consecuencia de la ocupación real de la vivienda discutida.* (Sentencia de 29 de noviembre de 1963: declarando nulas ciertas actuaciones, así como firme y ejecutoria la resolución impugnada.)

6. Sentencias de Suplicación de la Audiencia de Sevilla

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil.

1. **ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA:** *No existe abuso de derecho cuando una parte (en este caso demandada) explana correctamente la interpretación de las normas jurídicas que cree adecuadas y convenientes a su derecho.* (Sentencia de 5 de marzo de 1963; no ha lugar)

2. **SUBROGACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN POR SER DESCONOCIDO EL PROPIETARIO:** *No se llevó a cabo la preceptiva notificación debido a que, antes que el inquilino, falleció el propietario de la finca y no hubo posibilidad de conocer a su sucesor hasta varios años después, en que se inscribió el inmueble a nombre del actual dueño, por lo que a tenor del principio «ad impossibilita, nemo tenetur», no puede exigirse a la recurrente el cumplimiento de aquella obligación, pero la sentencia recurrida incide en el error de estimar que la notificación debió practicarse dos años después, una vez conocido el dueño de la misma, sin tener en cuenta que se trata de un requisito de plazo determinado, que no admite el cumplimiento extemporáneo.* (Sentencia de 6 de marzo de 1963; ha lugar.)

3. **PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA, EN CASO DE CESIÓN A FAMILIARES.—Es aplicable el plazo ordinario de prescripción de la acción personal —quince años— a que se refiere el artículo 1.964 del C. C., cuando no está en el supuesto de la cesión general, sino en el caso de la subrogación de madre a hija.** (Sentencia de 6 de marzo de 1963; no ha lugar.)

4. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO:** *Uno de los requisitos del requerimiento es la expresión de la causa de necesidad que obliga al arrendador a ocupar la vivienda, sin que en forma alguna se pueda estimar licuada la exigencia con la alegación de que el desalojo se producía «por causas ajenas a la voluntad» de la requirente, ya que con el empleo de la fórmula genérica se omite precisamente el «porqué» de la causa que determina la notificación, contrariando abiertamente el mandato legal e impidiendo con su conciliación que el inquilino requerido tenga el conocimiento previo de las garantías de veracidad que la causa puede envolver y a su vista ordenar su defensa.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1963.)

5. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DE DESCENDIENTES:** *Desde que se formaliza el proyecto matrimonial precisan los futuros contrayentes tratar y preparando y acondicionando su futuro hogar y necesitan, sobre todo, tener la seguridad de que al celebrarse las nupcias han de contar con vivienda que les permita un desenvolvimiento normal en su nuevo estado, siendo de sig-*

mujicar, que sería absurdo que el legislador exigiere, para la viabilidad de la acción, que el matrimonio se celebrara dentro del año del requerimiento, permitiendo como permite, al ocupante de la vivienda reclamada, permanecer en ella un año a partir del mismo requerimiento, pues ello supondría imponer a los nuevos cónyuges una vida matrimonial, por algún tiempo, sin hogar autónomo. (Sentencia de 12 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: CAUSA NO JUSTIFICADA: *A la inquilina le fue recomendado se fuera a vivir transitoriamente con algún familiar para que vigilara su régimen dietético, circunstancia que ciertamente no puede justificarse como eficaz y suficiente para justificar un continuo desplazamiento fuera del domicilio que no aparece impuesto por la necesidad que demanda la enfermedad y si por la conveniencia de que sea vigilada por sus familiares. (Sentencia de 11 de diciembre de 1963; ha lugar.)*

7. RENTA: ACCIÓN REVISORA DEL ARRENDATARIO CONTRA SU ELEVACIÓN: MOMENTO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD: *El «dies a quo» que ha de servir de punto de partida para el plazo de tres meses otorgado por la L. A. U., ha de entenderse desde el momento en que el arrendador se dirige al inquilino exigiéndole el pago de renta con las diferencias o elevaciones que pretenda introducir. (Sentencia de 26 de marzo de 1963; no ha lugar.)*

II. Derecho procesal.

RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE LA ADHESIÓN EN ESTE RECURSO: *No es admisible en este especial recurso la adhesión que las leyes procesales reglamentan para la alzada, ni siquiera es posible llegar a ello aplicando una regla de analogía, pues la especial naturaleza de la suplicación lo impide. (Sentencia de 22 de enero de 1963; no ha lugar.)*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *En torno al concepto de prescripción*.

REGUERA SEVILLA, Joaquín: *Expropiación urbanística. Algunos problemas de los que plantean la Ley 52/1962 de 21 de julio y el Decreto 343/1963 de 21 de febrero*.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Compensación de desperfectos con mejoras, en el usufructo*.

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil*.

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Dictamen sobre aplicación del principio: Falsa demostratio non nocet*.

4. BIBLIOGRAFÍA.

5. RESOLUCIONES COMENTADAS

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis : *La cuota de participación en la propiedad horizontal*.

6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

7. JURISPRUDENCIA