

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125—1953.

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos u 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 XIII  
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO  
MCMLX



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.<sup>a</sup>

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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

## El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

(Continuación)

MANUEL DE LA CAMARA

Notario de Madrid

### IV

#### *Donaciones no permitidas por el artículo 1.415 y enajenaciones en el fraude de la mujer.*

La reforma de 1958 no se ha ocupado de las donaciones de bienes gananciales ni ha alterado, de modo sustancial, el principio, un tanto vago e inconcreto, de que no pueden perjudicar a la mujer los actos que el marido realice en contravención del Código o en fraude de sus derechos.

Respecto de las donaciones parece, a primera vista, que nada nuevo era necesario añadir a lo que ya el Código ordenaba, puesto que del primer párrafo del artículo 1.413 y del 1.415 resultaba que el marido sin el consentimiento de su mujer no podía donar los gananciales, salvo que se tratara de donaciones moderadas hechas con fines piadosos o benéficos (sin reserva de usufructo), o para dar colocación o carrera a los hijos comunes. No estaba claro, sin embargo, cuál era el valor que había que atribuir al consentimiento de la mujer. Se suscitaba la duda—especialmente en vista de lo preceptuado por el artículo 1.419, *que no sido reformado*—sobre si el consentimiento de la mujer se exigía como requisito para la validez *ab initio* de la donación, o si, por el contrario, las donaciones no consentidas por la mujer eran en principio válidas, quedando su posible nulidad aplazada y condicionada al resultado de la liquidación de la sociedad conyugal. La reforma no resuelve, de modo directo y expreso, esta duda y con ello *puede dar lugar a otra* que comprometería gravemente el alcance de lo directamente reformado. Podría argumentarse que si la falta del consentimiento *uxoris* no tiene, en las donaciones, otro valor que el de obligar, en la liquidación de la sociedad, a la colocación del valor de los bienes donados subsistiendo la donación en tanto pueda ser la mujer compensada en aquella liquidación, no cabe conceder mayor trascendencia al nuevo con-

sentimiento exigido para las enajenaciones onerosas de inmuebles o establecimientos mercantiles, pues sería un absurdo contrasentido que el consentimiento *uxoris* representara una limitación más fuerte en los actos onerosos que en las liberalidades. Por este camino, según ya indicamos anteriormente, se llega a la conclusión de que el consentimiento que ahora exige el primer párrafo del artículo 1.413 tiene por función asegurar el éxito de la acción de impugnación que corresponde a la mujer, caso de ser fraudulenta la enajenación onerosa no consentida y de resultar imposible la reparación del perjuicio en la liquidación de la sociedad.

Según oportunamente expusimos, esta interpretación del nuevo artículo 1.413 no es admisible. Pero entonces la alternativa es ésta: o hay que sostener, por muy absurdo que ello sea, que es más grave y trascendente la omisión del consentimiento de la mujer en los actos de disposición onerosos que en los gratuitos (104), o hay que hacer compatible el artículo 1.419 con la invalidez inmediata de las donaciones otorgadas unilateralmente por el marido.

En cuanto a las enajenaciones hechas en fraude de la mujer o en contravención del Código no cabe duda de que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha cerrado, de hecho, muchas puertas al fraude. Pero no todas. Respecto del patrimonio mobiliario las medidas de aseguramiento previstas por el segundo párrafo del artículo 1.413 son insuficientes para defender a la mujer frente a actos fraudulentos ya consumados, porque dichas medidas operan para el futuro, pero no afectan a actos ya realizados. Se requiere, para que puedan ser adoptadas, la reiteración por parte del marido. No basta, según vimos, un acto aislado. Además es también posible que el marido lleve a cabo un acto fraudulento y que la mujer consienta la disposición, bien por ignorar los verdaderos fines perseguidos por su esposo, bien porque, aunque los conozca, no se atreva a oponerse a ellos. Los problemas que plantean las enajenaciones onerosas que contravengan el Código o que el marido realice en fraude de su mujer subsisten aun después de reformado el artículo 1.413 del Código civil. Estos problemas son sustancialmente dos: uno puntualizar lo que deba entenderse por fraude de la mujer y por contravención del Código; y otro fijar los derechos de la mujer en relación con estas enajenaciones, derechos que pueden proyectarse en una doble dirección, contra el marido y contra el adquirente, si se le concede la posibilidad de impugnar, al menos en ciertos casos, aquellas enajenaciones.

De todo lo dicho se desprende que es absolutamente necesario replantear la interpretación del artículo 1.419 del Código civil en relación con el último párrafo del 1.413. Y aunque la trascendental reforma operada a través de la modificación de los dos primeros párrafos del último precepto citado puede ayudar y orientar en la

(104) Podría entenderse que también las donaciones caben dentro de la genérica expresión «actos de disposición», pero, sin duda, el artículo 1.413 se refiere a actos onerosos.

búsqueda de soluciones justas para los diversos problemas planteados, no basta por sí sola para resolverlos. No es suficiente decir (105) que después de la reforma el derecho de la mujer en la sociedad está *in actu* mientras que antes sólo lo estaba *in habitu*. Ni esta última afirmación es, a nuestro juicio, totalmente exacta, ni de la primera cabe deducir consecuencias exageradas. Tampoco después de la reforma la mujer está equiparada al marido, ni asimilada, desde el punto de vista de la administración y disposición de los bienes comunes, a una condueña ordinaria. Hay que preguntarse cuáles son las consecuencias prácticas que se siguen del pretendido dominio *in actu* que ahora tiene la mujer y que antes, por lo visto, no tenía. Porque, si como ha dicho con acierto GONZÁLEZ PALOMINO, en derecho todo lo que no son efectos es literatura, conviene saber si de la modificación del artículo 1.413 pueden seguirse más efectos favorables para la mujer que los muy importantes que ya se derivan del nuevo sistema de garantías establecido. No puede atribuirse a la reforma el poder, casi taumatúrgico, de resolver unos problemas con los que, consciente o inconscientemente, no se ha enfrentado el legislador, como son concretamente, el de señalar la extensión de las expresiones «fraude de la mujer» y «contravención del Código», y el de la repercusión que uno y otra hayan de tener sobre las relaciones de los cónyuges entre sí, y sobre la validez de los actos a través de los cuales se consumen, directa o indirectamente, el fraude o la contravención. Nos vemos obligados a discrepar de la autorizada opinión de don FEDERICO DE CASTRO, cuando dice (106), que desde ahora en adelante todo acto que exceda de la simple administración y que haya de considerarse fraudulento tiene que reputarse nulo. Una cosa es que la mujer tenga derecho a ser indemnizada y otra muy distinta que pueda pedir la nulidad del acto fraudulento. Cuando el marido se ha movido extrínsecamente dentro de sus potestades (es decir, cuando haya realizado actos de disposición sobre el patrimonio mobiliario, o cuando haya dispuesto de inmuebles o establecimientos mercantiles con consentimiento de su mujer), hay que proceder con sumo tiento antes de afirmar que el acto es nulo. Está en juego la seriedad de la contratación y los intereses de la contraparte y de terceros, que son tan respetables como los de la mujer.

## A

*Donaciones no permitidas por el artículo 1.415*

El Código civil, superando la discusión planteada por la antigua doctrina, no concedió al marido la potestad de donar los gananciales.

(105) Así CASTRO: *Compendio cit.*, pág. 48.

(106) *Ob. cit.*, pág. 50.

Sin estar expresamente formulada, la regla se inducía claramente del artículo 1.415, que sólo permite hacer al marido ciertas donaciones (de donde se sigue que las demás le están vedadas), y del primer párrafo del artículo 1.413, que sólo le otorga potestades de disposición a título oneroso (antes sin consentimiento de la mujer, ahora con dicho consentimiento en algunos casos), de donde se infiere que carece de la facultad de disponer a título gratuito.

Pero si bien está claro que el marido necesita el consentimiento de su mujer para hacer donaciones, cabe discutir cuál es el valor jurídico de ese consentimiento. El problema lo plantea no sólo el silencio del Código sobre la validez o nulidad de las donaciones no consentidas por la mujer, sino, además, el famoso párrafo segundo del artículo 1.419, a cuyo tenor también se traerá a colación—en el inventario de la sociedad en disolución—el *importe de las donaciones y enajenaciones* que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413. MANRESA (107), entendió—como indicamos anteriormente—este precepto y la remisión que en él se hace el artículo 1.413 en el sentido de que la ley equipara las donaciones ilegales y las enajenaciones fraudulentas, sentando para ambas el principio de que el perjuicio que con ellas se irroga a la mujer debe ser reparado en la liquidación de la sociedad, y solamente, sí, llegado el momento de dicha liquidación, el haber inventariado no basta para la compensación será posible pedir la nulidad de la donación o de la enajenación.

Ciertamente, el artículo 1.419 produce, a primera vista, la impresión de que la tesis de MANRESA es cierta. Parece que el Código se ha inclinado por una solución similar a la que la doctrina francesa ha propugnado para las donaciones de inmuebles comunes (prohibidas al marido por el Código francés). Se ha sostenido en el país vecino (108) que estas donaciones son efectivamente nulas; pero que esta nulidad es una nulidad «relativa», en el sentido de que sólo se puede reclamar una vez distinguida la comunidad y en el caso de que el bien donado no corresponda al lote del marido. Es decir, se trae a colación la finca objeto de la donación y se incluye en el inventario. Se procede después a la formación de los lotes y a la adjudicación de los mismos, atribuyéndose al donatario el derecho a controlar la composición y el sorteo de aquéllos, y si la finca donada corresponde al lote del marido, la donación se respeta, o se anula si queda incluida en el lote de la mujer (109). La solución del artículo 1.419 parece aún más radical. Puesto que lo que hay que colacionar no es el bien objeto de la donación, sino su importe, se tiene la sensación de que la ley quiere que la donación se respete siempre que sea posible, es decir, siempre que en el

(107) En obra y lugar citados.

(108) Cir. NASTI, en el *Tratado de Derecho civil francés*, de PLANOL y RIPERT, traducción española de DÍAZ CRUZ, tomo 8.<sup>a</sup>, págs. 600-601.

(109) Se discute si el donatario, en este último caso, tiene o no derecho a que el marido e sus herederos le satisfagan el valor de lo donado.

inventario de la sociedad haya bienes bastantes para adjudicar a la mujer su participación completa en los gananciales, computada sobre el activo existente, incrementado numéricamente con el valor de los bienes que fueron objeto de la donación.

En nuestra opinión, el artículo 1.419 del Código civil, no constituye un obstáculo insuperable que impida a la mujer impugnar y atacar, constante el matrimonio, los actos de disposición que el marido no puede llevar a cabo sin su consentimiento, y en particular las donaciones no permitidas por la ley. El artículo 1.419 del Código civil contempla el momento de la disolución, o mejor aún el de la *liquidación* de la sociedad de gananciales, y por consiguiente, puede y debe ser interpretado en función del momento especial a que se refiere. Como después veremos, no es fácil puntualizar el verdadero alcance del artículo 1.419; pero se puede sostener, desde luego, que la norma sobre colación que contiene su segundo párrafo sólo entra en juego si no es ya posible pedir la nulidad de la donación o si ha llegado el momento de disolver y liquidar la sociedad sin que la mujer haya atacado o impugnado el acto de su marido.

Pensar que la mujer tiene que contemplar pasivamente cómo su marido disipa los gananciales a través de liberalidades, posiblemente de signo ilícito e immoral, sin otro recurso que el de aguardar a la liquidación de la sociedad de gananciales, en espera de que dicha liquidación le ofrezca una compensación que entonces puede ser inasequible, equivale a desconocer: *primero*, la consideración y la estimación del patrimonio ganancial como un *patrimonio de fines* (está afecto al levantamiento de una serie de cargas y obligaciones, entre ellas el sostenimiento y la educación de los hijos, cfr. artículo 1.408 del Código civil), y *segundo*, el riesgo evidente que corren los intereses de la mujer si ha de esperar cruzada de brazos el momento de la liquidación de la sociedad, expuesta a la desaparición, pérdida o deterioro de los bienes donados, a la insuficiencia del caudal existente en el matrimonio, a la insolvencia del donatario, y a la posibilidad de que los bienes indebidamente donados, aunque sean cosas específicas y determinadas que subsistan, hayan sido adquiridos por terceros frente a los cuales se enerve la acción de impugnación (110).

Frente a estas consideraciones no pueden prosperar argumentos de tipo predominantemente teórico, cuya formulación descansa, en gran parte, en una verdadera petición de principio. La afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN (111), de que en el Código civil los derec-

(110) Supuestos de adquisición por usucapión o de tercero protegido por la fe pública registral. Esta hipótesis puede darse si la donación se enmarca bajo la forma de una venta, inscrita normalmente antes de la reforma del Código sin el consentimiento de la mujer, y después con dicho consentimiento, que pudo dar engañada o haber prestado de modo general para toda clase de actos onerosos.

(111) *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 844.

chos de la mujer en la sociedad de gananciales se remiten todos a la época de su disolución y liquidación, según el antiguo postulado de que el dominio de la mujer sobre los gananciales no está, durante la vida de matrimonio, *in actu*, sino *in habitu*, no tiene en su apoyo los textos del propio Código. Es cierto que los poderes dispositivos del marido son (eran) muy amplios, pero no ilimitados. La ley no permite al marido donar, fuera de los límites del artículo 1.415. No es sólo que para las donaciones se exija el consentimiento de la mujer—lo que de suyo ya bastaría para comprometer la eficacia del acto desde su realización (112)—, es que la ley *no concede al varón la potestad de disponer a título gratuito de los bienes gananciales, que son bien comunes*. Porque una cosa es que las *ganancias o beneficios* no puedan establecerse hasta el momento de la disolución de la sociedad, y que sólo en ese momento puedan los cónyuges hacerlas suyas por mitad y en propiedad ya individual y separada, mediante la liquidación, y otra cosa, muy distinta, que *los gananciales*, es decir, los bienes que se adquieren durante el matrimonio procedentes de ciertas fuentes de ingreso (las determinadas por los artículos 1.401 y siguientes), no fengan, desde que se adquieran, la consideración de bienes comunes. El Código, en el artículo 1.401, habla de «caudal común» o de «bienes comunes», y la remisión a las normas que regulan el contrato de sociedad (cfr. art. 1.395) nos obliga a sostener o que la propia sociedad de gananciales constituye una persona jurídica, titular de los bienes, o, de rechazar esta construcción, que parece artificiosa e inútil, hay que estimar que se trata (cfr. art. 1.669) de una comunidad de bienes, aunque sujeta a normas específicas y distintas de las que regulan el condominio ordinario. El hecho de que la ley no trate a la mujer como un copropietario normal y corriente, desde el punto de vista de la administración y disposición de los gananciales y que la supedite a la autoridad e iniciativa del marido, no autoriza para estimar que el ejercicio de todos sus derechos haya de quedar aplazado hasta la disolución de la sociedad.

La reforma del artículo 1.413 ha confirmado este punto de vista, y concede expresamente a la mujer la potestad de actuar, constante el matrimonio, en defensa de sus derechos. Desde este punto de vista la ley—obligado es reconocerlo—merece una crítica favorable. Lo discutible es *el modo* a través del cual se obtiene la tutela de los intereses de la mujer, y *la forma* en que se han regulado estas garantías.

Puesto que el marido carece de la potestad de disponer a título gratuito de los bienes comunes, la conclusión que necesariamente se impone es la de que tal potestad corresponde conjuntamente a

---

(112) Como antes dijimos, cuando la ley exige un requisito para que pueda otorgarse un acto hay que suponer, mientras la propia ley no diga otra cosa, que dicho requisito es presupuesto de su validez o eficacia.

ambos cónyuges, por lo que si el marido hace por sí una liberalidad de las no permitidas por el artículo 1.415, se atribuye de hecho unas facultades que no le corresponden. No se puede sostener, como en cambio hay que hacer respecto de las enajenaciones onerosas para las que ahora se exige el consentimiento de la mujer, que la facultad de donar corresponde al marido, aunque con la limitación representada por la exigencia del consentimiento *uxoris*. Respecto de las donaciones, la voluntad de ambos cónyuges tiene el mismo valor. La iniciativa, en la donación, corresponde por igual a los dos esposos. Si la mujer no quiere que la donación se otorgue, el marido no puede acudir al Juez en demanda de autorización, posibilidad que únicamente se le concede cuando pretende llevar a cabo un negocio oneroso. La razón por la cual se requiere el consentimiento de la mujer en las donaciones, no es la de permitirle controlar si el acto es o no perjudicial. La donación de suyo lo es—como decía MATIENZO: La donación es título *disipatius*—, y, por ello, el problema del consentimiento de la mujer ha de tener aquí un enfoque distinto del que requiere la realización de un negocio oneroso, del que es posible discernir si su celebración es perjudicial, inocua, conveniente o necesaria para los intereses comunes. Por todo ello, la ineficacia del acto gratuito, intentado por el marido sin el consentimiento de su mujer, ha de ser, lógicamente, mayor que la del acto oneroso realizado sin ese consentimiento. Con todo, tampoco creemos que se esté en presencia de una nulidad radical, absoluta e insubsanable. Será más bien, un tipo de ineficacia relativa (frente a la mujer), en cierto modo, similar a la decretada por el artículo 1.259, aunque tampoco aquí nos encontramos, propiamente, ante un supuesto de representación sin poder, porque el marido, al donar, dona un bien sobre el cual también tiene derechos, y no actúa, por regla general al menos, en representación de su mujer. Pero no juegan las razones en virtud de las cuales sostuvimos que los actos de disposición onerosos celebrados sin consentimiento *uxoris*, son simplemente anulables. El marido carece totalmente de la potestad de donar, y la voluntad de la mujer no representa una simple autorización sustituible por el control de la autoridad judicial.

El supuesto entra de lleno dentro de la hipótesis general de actos dispositivos realizados por un condeño sin la intervención y conformidad de los demás, lo que no sucede con los actos de disposición a título oneroso, ya que en ellos, como demostramos al comienzo de este trabajo, el poder de disposición corresponde al marido, si bien, caso de no haber obtenido el consentimiento de su mujer, tiene que acreditar, para ejercitarse licitamente ese poder, que el acto que intenta no es perjudicial para la sociedad, lo cual podrá constituir una *limitación*, pero no una *negación* de la potestad dispositiva. Como en las donaciones el marido carece totalmente de poder dispositivo, no parece razonable someter la ineficacia al mecanismo de las acciones de impugnación. Por ello,

no es posible hablar aquí de plazo de caducidad. Tampoco la contraparte (el donatario) merece el mismo tratamiento que el adquirente a título oneroso (113).

La práctica notarial y registral abundó siempre en estas ideas y exigió el consentimiento de la mujer para el otorgamiento e inscripción de donaciones de bienes gananciales. La Jurisprudencia no se había manifestado, hasta estos últimos tiempos, de una forma expresa sobre el particular. Sin embargo, las sentencias dictadas en tema de enajenaciones onerosas en fraude, y que se referían a supuestos en que la enajenación impugnada o era simulada (con simulación absoluta), o entrañaba prácticamente una donación, hacían sospechar que el problema, de haberse referido claramente a una donación, hubiera sido resuelto negando a la mujer el derecho de pedir la nulidad durante el matrimonio (cfr. sentencias de 12 de diciembre de 1929 y de 17 de abril de 1950). Las sentencias de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956 representan un importante cambio de criterio. En la primera de las sentencias citadas, se dice que la mujer puede pedir que se declare que la enajenación es fraudulenta o ilegal, quedando a las resultas de la liquidación de la sociedad conyugal, o ejercitar la acción de simulación para obtener la inmediata restitución de los bienes al patrimonio ganancial. La sentencia de 30 de octubre de 1956, afirma que demostrada la simulación de que adolece una venta de bienes gananciales hecha por el marido, el negocio no puede subsistir como donación, toda vez que la misma, sin el consentimiento de la mujer, es nula.

Conviene, para valorar adecuadamente estas sentencias, tener en cuenta estos dos datos: 1.º Que no está claro en los supuestos de hecho a que se refieren dichos fallos, si se trataba de verdaderas donaciones encubiertas (simulación relativa), o si las ventas aparentes lo eran totalmente (simulación absoluta). Concretamente, la sentencia de 30 de octubre dice que, además de no haberse demostrado la intención liberal, la disposición no podría valer como donación por no haber concurrido el consentimiento de la mujer, sin el cual la donación es nula. 2.º Que, al menos en la sentencia de 25 de mayo, la nulidad (inmediata) de la donación tiende a fundamentarse en la ilicitud de la causa por tratarse de donación (si realmente había donación, lo que, repetimos, no está muy claro) hecha con el fin de perjudicar y defraudar a la mujer. Se apunta, pues, una orientación similar a la que en tema de legítimas han seguido decididamente las sentencias de 12 de abril de 1944 y 12 de abril de 1946.

La aplicación de la doctrina de la causa ilícita a las donaciones en fraude de la mujer, no puede, a nuestro juicio, generalizarse hasta el punto de considerar que toda donación de bienes ganan-

(113) Sus intereses deben también ceder ante los acreedores de la sociedad conyugal, quienes podrán impugnar la donación apoyados en la presunción de fraude que sancionan los artículos 1.297 y 643 del Código civil.

ciales, realizada por el marido sin el consentimiento de la mujer, está viciada por ilicitud de su causa. La tesis jurisprudencial, sólo acude a la ilicitud de la causa cuando se trata de donaciones disimuladas en que la simulación tiene por fin ocultar un acto fraudulento. Pero no toda donación no consentida es, por ello, una donación fraudulenta. El marido puede haber donado sin consentimiento de su mujer porque ésta no se encuentre en condiciones de prestarlo, y pensando, además, que la donación (sobre todo si no es excesiva) sea enjuagada en la liquidación de la sociedad de gananciales (114).

Veamos ahora como encaja en todo esto el artículo 1.149 del Código civil. Según dijimos anteriormente, este precepto contempla el derecho de la mujer en función de un momento determinado, el de la liquidación de la sociedad de gananciales, y, por tanto, ni resuelve ni prejuzga el problema de si la mujer puede o no pedir la nulidad de la donación antes de dicho momento. El artículo 1.419 toma, lógicamente, como punto de partida la hipótesis de que los bienes indebidamente enajenados no existan en la sociedad cuando se llegue a la liquidación. Si existen—porque la mujer los ha recuperado con anterioridad—es evidente que la colación ordenada por el precepto no procede, y no es menos evidente que el artículo 1.419 no excluye esa posibilidad. Supuesto, pues, que el artículo 1.419 hay que interpretarlo entendiendo que su actuación está subordinada al hecho de que los bienes donados no hayan sido reintegrados al patrimonio común con anterioridad a la disolución, las soluciones posibles son tres. La colación-imputación, procedimiento indirecto de satisfacer el interés de la mujer, puede ser: un remedio *subsidiario*, un remedio *facultativo* o un remedio *preferente*.

(114) La realidad es muy rica en matices y no puede ser aprisionada en unos cuantos esquemas conceptuales. El hecho de que la liberalidad del marido sea generalmente un acto atentatorio contra los derechos de la mujer no significa que tenga necesariamente carácter fraudulento. En nuestra vida profesional hemos conocido el siguiente caso: Matrimonio separado de hecho desde hace muchos años viviendo marido y mujer en países distintos y sin ninguna comunicación. El marido, hombre de edad y gran posición, quiere donar a un nieto un paquete de acciones (gananciales) con el fin de asegurarse el puesto de consejero en una sociedad de la que el donante es uno de los principales accionistas. Según los estatutos es necesario poseer cierto número de acciones para ser consejero. Otros grupos de accionistas (rivales) descansan impedir que el nieto llegue al Consejo. No cabe acudir a la venta porque el nieto carece de recursos propios suficientes para comprar las acciones y además porque, según cierto precepto estatutario, en los casos de venta los demás accionistas tienen derecho de preferencia, el cual, naturalmente, se quiere, en este caso legítimamente, soslayar, por lo que no cabe refugiarse en el poco recomendable expediente de la simulación. ¿Puede entenderse que aquí la donación es totalmente nula como lo sería de aplicar la teoría de ilicitud de la causa? Es lógico y justo que, muerto el abuelo, sus otros herederos pretendan beneficiarse de la ineficacia de la donación, sobre todo si a la mujer, única interesada en la nulidad, se le puede compensar con otras acciones equivalentes?

Se puede pensar que la colación ordenada por el segundo párrafo del artículo 1.419 sólo procede cuando no sea ya posible, mediante la declaración de nulidad, obtener la devolución de los bienes donados o de su valor (115). La colación del importe de la donación, y la imputación de ese importe al haber del marido o de sus herederos, ofrece a la mujer una satisfacción *subsidiaria* o *supletoria* de la nulidad.

La colación-imputación del artículo 1.419 puede también concebirse como remedio *facultativo* en el sentido de que llegado el momento de la disolución de la sociedad, y si antes no ha pedido la mujer que se declare la nulidad de la donación, puede aquélla optar entre ejercitar la acción de nulidad, que conserva, o exigir que el inventario se adicione con el importe de la donación ilegal, para imputar ese importe al haber del marido o de sus herederos.

Finalmente, la colación-imputación puede articularse como remedio *preferente*. La mujer, durante la vida de la sociedad, puede recuperar para el patrimonio común los bienes indebidamente donados; pero si llega el momento de la disolución o liquidación de la comunidad sin que haya ejercitado el derecho que le asiste, debe resarcirse, *preferentemente*, a costa del caudal en liquidación, y sólo en la medida en que éste no le ofrezca una satisfacción completa podrá dirigirse contra el donatario. Antes de la disolución el único medio satisfactorio que puede brindarse a la mujer es la reconstitución del patrimonio mediante la nulidad de la donación; pero si la mujer no ha ejercitado su derecho de pedir la anulidad y llega el instante de liquidar el patrimonio ganancial, lo que ocupa el primer plano no es la reconstitución de ese patrimonio—en trance de desaparición como patrimonio de destino—, sino la reparación del perjuicio irrogado a la mujer, reparación que estando la sociedad en liquidación, puede obtenerse por el sistema de la indemnización-colación. Los bienes donados se imputan al haber del marido o de sus herederos y con ello la donación queda firme, convalidada, de la misma forma que se convalidan los actos de disposición sobre derechos ajenos, o sobre los que no se ostenta la plena titularidad, si, con posterioridad al acto, el disponente adquiere el derecho que le faltaba. Llegando el momento de disolver la sociedad de gananciales la indemnización-colación ofrece una satisfacción inmediata al interés de la mujer, y, por eso, aunque no debe constituir el único recurso que constante el matrimonio se brinde a la mujer, pues ello le obliga a demorar con todos los riesgos antes denunciados, la reparación del perjuicio, con daño, además, del propio patrimonio, que aún se halla en su ciclo vital, no hay inconveniente en considerarla como remedio preferente, si la sociedad ha llegado al punto final de su existencia, evitándose que

(115) Esta parece ser la solución defendida por ROCA JUAN: *Ob. cit.*, pág. 523.

la nulidad de la donación redonde en beneficio del marido o de sus herederos.

Hay, por último, una cuarta posibilidad, que resulta de combinar las dos últimas. Se atiende a la naturaleza de los bienes donados. Si la donación ha consistido en dinero o bienes fungibles la colación es preferente; si la donación ha tenido por objeto una cosa determinada, la mujer puede elegir entre la colación o la acción contra el donatario. Esta distinción tiene rancio abolengo. ANTONIO GÓMEZ (116), al estudiar las acciones que corresponden a la mujer frente a las donaciones o enajenaciones realizadas por el marido en fraude de sus derechos, dice que si los bienes enajenados son fungibles o muebles, la mujer debe satisfacerse en primer término con los bienes del marido (incluyendo en ellos su mitad de gananciales) y, sólo si éstos no son suficientes, puede dirigirse contra el adquirente. Por el contrario, si la donación ha tenido por objeto una cosa específica y determinada, que subsiste, la mujer, puede indistintamente, accionar contra el marido o contra el poseedor. GARCÍA GOYENA (117), comentando el artículo 1.341 (igual al 1.419) del proyecto de 1851, recoge en lo sustancial esta doctrina, y escribe: «También se traerá a colación el importe de las donaciones o enajenaciones ilegales o fraudulentas, si consistieron en cantidad, cuando consista en cosa determinada se incluirá en el inventario y se traerá a colación la cosa misma si existire, pues, según lo expuesto en el artículo 1.337 la enajenación fué nula».

Admitido que el artículo 1.419 puede ser compatible con la nulidad o ineficacia (frente a la mujer) de la donación y con la posibilidad de que esta ineficacia se declare antes de disolver la sociedad, no es sencillo puntualizar cuál es la actuación de dicha norma. La estimación de la misma como remedio puramente subsidiario de la nulidad exige la previa excusión de los bienes del donatario para que pueda la mujer ser indemnizada con cargo al patrimonio en liquidación. Pero el artículo 1.419 no subordina ni condiciona la colación que prevee a esta circunstancia ni a ninguna otra. La sentencia de 25 de mayo de 1956 señala los dos caminos que la mujer puede seguir según mejor le convenga: la acción de simulación (recordemos que el fallo se refería a una venta que posiblemente encubría una donación) para obtener la inmediata recuperación de los bienes enajenados o la declaración de que la enajenación es ilegal para que se tenga en cuenta y se colacione su importe en la liquidación de la sociedad.

La posición opuesta, o sea la que considera la colación como remedio preferente, es de difícil compaginación con la ineficacia inicial de la donación. Cíerto que a través de la liquidación de la

(116) *Ad leges Tauri Comentarium*, 1674, pág. 426, núm. 74.

(117) *Concordancias, míticos y comentarios al Código civil español*, tomo III, pág. 343.

sociedad y mediante el mecanismo de la colación imputación se puede llegar a la convalidación del acto del marido, pero una cosa es que la convalidación sea viable y otra que la mujer tenga forzosamente que pasar por ella. La convalidación de un acto nulo o anulable no puede imponerse a quien tiene acción para reclamarla. No se le puede privar de la facultad de recuperar los bienes objeto del acto mediante el expediente de ofrecerle una indemnización, solución que sólo es posible cuando la propia ley admite la impugnación como recurso subsidiario. Esto sucede en la rescisión; pero no hay base suficiente para sostener que las donaciones ilegales que haya llevado a cabo el marido sean simplemente rescindibles, como no sea el propio artículo 1.419, base poco segura, pues el precepto, según acabamos de ver, admite múltiples interpretaciones. Por esto, la colación sólo tiene claramente la consideración de remedio preferente en los supuestos de fraude indirecto, a los que nos referiremos después, pues en ellos o no cabe la impugnación o ésta sólo es posible mediante el instituto de la rescisión. Se puede objetar, sin embargo, que la mujer no tiene derecho, llegado el momento de la disolución de la sociedad, a los mismos bienes donados. Pero a lo que sí tiene derecho es a que se respete su probabilidad de que la parte que le corresponda en los gananciales le sea pagada precisamente con dichos bienes. Esta probabilidad sólo queda a salvo si se admite que la mujer puede pedir la nulidad.

Ciertamente la distinción planteada por ANTONIO GÓMEZ, y que luego recoge GARCÍA GOYENA, aunque sin invocarla como precedente, obvia esta dificultad, pues si los bienes donados son fungibles, o consistieron en cantidad, ni es posible recuperar los mismos bienes donados (sino otros equivalentes), ni para la mujer es relevante que la compensación salga del patrimonio de la sociedad o del patrimonio del donatario. En estos casos, y por imperativo de la situación de hecho, el derecho de la mujer se resuelve en un crédito, por lo que no es ilógico que este crédito deba satisfacerse, con preferencia, sobre el patrimonio de la sociedad en liquidación (118).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la colación establecida por el artículo 1.419 del Código civil, no es totalmente satisfactoria para la mujer. Declarada la nulidad de la donación,

---

(118). De prosperar el criterio fundado en la distinta naturaleza de los bienes donados no habría inconveniente en admitir que la colación es también remedio preferente cuando aquellos bienes, sin ser fungibles en sentido estricto, sean absolutamente idénticos o otros existentes en el activo de la sociedad de modo que la mujer pueda tomar un equivalente cuantitativa y cualitativamente igual (por ejemplo acciones de la misma sociedad y de la misma clase). GÓMEZ, según hemos indicado, se refería indistintamente a bienes fungibles y muebles, y aunque esta equiparación, superada hoy la máxima *res movilis res viles*, resulta inadmisible en términos generales, no es imprudente cuando se trate de bienes de la misma condición y naturaleza existentes en el acervo común.

el donatario estará obligado a devolver la cosa donada, o su valor, con los frutos percibidos o los intereses devengados, en todo caso si se estiman aplicables los artículos 1.304 y 1.307 del Código civil, o por lo menos cuando haya obrado de mala fe, mientras que en el artículo 1.419 habla únicamente de colacionar el importe de los bienes donados sin referirse para nada a los frutos que aquéllos hubieran podido producir. Vuelve a tenerse la impresión de que el Código sólo atribuye a la mujer, durante la vida de la sociedad, una expectativa de derechos que se convierte en derecho definitivo y perfecto en el momento de la disolución. La mujer es tratada en forma parecida al legitimario frente a una donación inoficiosa o colacionable. En ambos casos el donatario hace suyos los frutos (cfr. arts. 654 y 1.049 del C. c.). La equiparación, sin embargo, no es admisible. El derecho del legitimario tiene por objeto la herencia, es decir, el patrimonio que el causante deje al morir. Con objeto de impedir que el causante haga ilusorio el derecho de sus herederos forzosos, se establece la reducción de las donaciones inoficiosas; pero no cabe duda de que dicha institución es restrictiva y excepcional, y por ello el Código establece que las donaciones inoficiosas surten sus efectos durante la vida del donante (art. 654). Pero los frutos de los bienes comunes (igual que los producidos por los bienes privativos) son gananciales (artículo 1.401-3) y, por tanto, forman parte de la masa patrimonial a que se refiere el derecho de la mujer. La donación ilegal perjudica a la esposa en un doble sentido, pues priva a la sociedad del bien objeto de la donación y de los frutos que dicho bien haya producido. A pesar de lo cual, el artículo 1.419 no permite que la mujer pueda colacionar más que, estrictamente, el importe de la donación. Pero si bien este criterio restrictivo puede justificarse teniendo en cuenta que, en definitiva, los frutos del bien donado no han sido percibidos por el marido ni ingresado en el acervo común, nada hay que se oponga a que la mujer reclame los frutos o intereses de quien, efectivamente, los ha percibido a consecuencia de un acto (la donación) que ha de reputarse ineficaz, totalmente, respecto a la mujer, al menos siempre que el donatario haya tenido conocimiento de la falta de poder del marido y deba reputarse poseedor de mala fe de conformidad con el artículo 433 del Código civil.

Todas estas reflexiones aconsejan sostener que la colación imputación del artículo 1.419 es un remedio facultativo. La mujer puede exigir, fundándose en el artículo 1.419, que no condicione la colación que establece a ninguna circunstancia especial, que el inventario se adicione contablemente con el importe de la donación ilegal, que será imputado al haber del marido o de sus herederos. Pero junto a este derecho subsiste intacto el de dirigirse contra el donatario para exigirle la restitución de la cosa donada con sus frutos o el valor de la donación con sus intereses, derecho que no está excluido ni tampoco condicionado por el artículo 1.419. Si la mujer opta por la colación la donación queda convali-

dada y el marido o sus herederos nada podrán reclamar del donatario (119). Si la mujer opta por dirigirse contra el donatario se traerán a la masa en liquidación los mismos bienes donados con sus frutos, o el valor de lo donado con sus intereses, para incluirlos en la liquidación y adjudicación del patrimonio común.

Supuesto que la mujer haya exigido del donatario la devolución de lo donado, ¿tiene aquél algún derecho contra el marido o sus herederos? La doctrina y la jurisprudencia francesas se han inclinado por la respuesta afirmativa. De un lado, sostienen que la nulidad de la donación está condicionada por el hecho de que el bien donado se adjudique a la mujer o a sus herederos. De otro, y para la hipótesis contraria, entienden que el donatario tiene derecho a exigir del marido o de sus sucesores el valor de las cosas donadas. Se establece, para justificar estas soluciones, un paralelismo o equiparación entre la donación de un bien perteneciente a la comunidad y el legado de cosa ajena.

A nuestro juicio estas soluciones, inspiradas en un criterio de equidad y en la consideración de que no es justo que una nulidad (mejor ineficacia) establecida en obsequio exclusivamente de la mujer redunde, además, en beneficio del marido (autor del acto) o de sus herederos, pueden también defenderse en nuestro derecho. Si, en definitiva, la donación no es total y absolutamente nula sino sólo ineficaz frente a la mujer, y si, por otra parte, tampoco la mujer puede exigir que se le adjudiquen los bienes donados sino que, una vez disuelta la sociedad, su derecho se agota con la inclusión de los bienes donados en la masa partible, no repugna que la ineficacia de la donación quede subsanada si los bienes donados se adjudican al lote del marido o de sus herederos, siempre sin perjuicio de la restitución de los frutos y de la posibilidad de reintegrar los bienes al patrimonio común antes de que se llegue a la disolución de la sociedad. Por otra parte, aunque el principio general (cfr. art. 638 del Código civil) es el de la irresponsabilidad del donante frente al donatario, éste se subroga en todos los derechos y acciones que correspondan al primero sobre la cosa donada. El precepto se refiere a la hipótesis de evicción, pero no hay inconveniente en aplicar *mutatis mutandis* lo que en él se establece a hipótesis distintas. Utilizando este criterio cabe sostener que si en la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudican al marido o a sus herederos los mismos bienes donados, u otros que cubran el valor de lo donado, el donatario podrá pedir la entrega de aquellos bienes o de su valor. Con ello se llega, en tema de donaciones, a una solución similar a la que mantuvimos para el supuesto de legados de bienes gananciales dispuestos unilateralmente por alguno de los cónyuges.

---

(119) Si para las donaciones disimuladas prevalece la tesis de la causa ilícita no podrá ciertamente hablarse de *convocatoria*. Pero la repetición de lo donado no será posible por impedirlo el artículo 1.306.

solución que se justifica habida cuenta del paralelismo existente entre donaciones y legados (120).

La donación será totalmente ineficaz (nula) y el donatario no podrá reclamar cosa alguna del marido o sus herederos, si se acudió a la simulación con el fin de defraudar a la mujer, siempre que para esta hipótesis prospere la aplicación de la teoría de la causa ilícita. Paralelamente si la donación (disimulada) perseguía burlar no sólo los derechos de la mujer sino, además, la expectativa de los legitimarios, viene a añadirse un nuevo, aunque similar, motivo de nulidad, que la Jurisprudencia funda (en esta hipótesis de modo rotundo y concreto) en la ilicitud de la causa. En cualquier caso, innecesario es decirlo, ha de quedar intacto el derecho de los herederos forzosos para pedir la reducción de la donación cuando ésta sea inoficiosa.

## B

*Enajenaciones onerosas en fraude de la mujer*

El artículo 1.413 en su último párrafo se refería—y se refiere— a las enajenaciones o convenios (ahora se habla de «actos de disposición») realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer. Y en relación con este famoso y oscuro último párrafo del precepto se plantean dos órdenes distintos de problemas. Se hace necesario saber lo que la ley entiende por «contravención del Código» y por «fraude de la mujer», cuestión ésta que ha sido eludida por la reforma, que repite, sin aclararlas, estas ambigüas expresiones. Y hay que puntualizar cuáles son los derechos de la mujer frente a estos actos ilegales o fraudulentos, derechos que tampoco están claros, salvo los derivados del artículo 1.419.

El término «en contravención del Código» aparece, por primera vez, en el artículo 1.337 del Proyecto de 1851 (igual al segundo párrafo del antiguo 1.413) que, en dicho Proyecto, constituía un precepto independiente. La Ley 205 de Estilo (que pasó a ser la Ley 5.<sup>a</sup> del título IV del libro X de la Novísima Recopilación) habla solamente de las enajenaciones hechas «cautelosamente por damnificar a la mujer».

Es casi seguro que con la expresión «en contravención del Código» se quiso aludir a las donaciones no permitidas. Así, dice GARCÍA GOYENA (121) comentando el artículo 1.337 del Proyecto, el marido enajena en contravención de las leyes «donando inmoderadamente o contra los requisitos del artículo anterior» (similar al actual 1.415). El hecho de que este artículo 1.337 haya perdido su autonomía y pase a constituir el último párrafo del artículo

(120) Ofr. sobre este punto nuestro trabajo *El legado de cosa ganancial*.

(121) Ob. cit., pág. 340.

1.413, que se refiere en su comienzo a las facultades del marido para disponer a título oneroso de los gananciales, no es argumento decisivo, por cuanto que también el artículo 1.334 del Proyecto, referido a enajenaciones onerosas, señalaba como límite a las potestades del marido lo dispuesto en el artículo 1.337.

A la contravención representada por las donaciones no permitidas hay que añadir hoy las disposiciones a título oneroso que infrinjan lo dispuesto en el primer párrafo del nuevo artículo 1.413. Son estos, pues, los dos casos claros de enajenación en contravención del Código que pueden señalarse.

En cuanto al fraude de la mujer creemos que este concepto, en su acepción más verdadera y estricta, hace referencia a aquellos actos del marido que objetivamente aparentemente son legales, es decir, que aquél ha realizado moviéndose dentro de los límites extrínsecos de sus potestades, pero que han sido realizados con el fin de sustraer a la mujer su participación en los bienes enajenados de modo que los propios bienes o su importe queden en beneficio del marido o de un tercero.

Los actos fraudulentos del marido pueden ser de dos clases, según que operen el fraude directamente, o sean prólogo y antecedente del fraude, que se consuma posteriormente (fraude indirecto).

El supuesto típico de fraude directo lo constituyen los actos simulados. Sin duda a ellos se refería la Ley recopilada cuando habla de enajenaciones hechas «cautelosamente». De nuevo vuelve a ilustrarnos GARCÍA GOYENA (122) sobre el pensamiento del legislador. «He observado—expone al comentar la hipótesis del fraude—al final del artículo 1.334 que en el contrato de enajenación puede sonar un título oneroso y ser, no obstante, disimulado; puede disfrazarse una verdadera donación con el velo y nombre de venta.» Claro es, que no sólo las ventas que disfracen una donación (total o parcialmente, por ejemplo, la venta por bajo precio hecha deliberadamente con ánimo de dañar a la mujer o de beneficiar al comprador) son los únicos supuestos de enajenaciones simuladas hechas en fraude de la mujer. Lo serán igualmente los actos de disposición absolutamente simulados efectuados con el fin de eliminar formalmente del activo de la sociedad determinados bienes que quedaran así fuera de la liquidación y división del acervo común.

También pueden entrar en el concepto de fraude directo aquellos actos que el marido realiza con manifiesto y ostensible abuso de poder, adquiriendo a cambio de bienes gananciales derechos de los que él sea o resulte titular exclusivo.

Son, por ejemplo, las enajenaciones de bienes comunes con reserva o a cambio de usufructos o rentas vitalicias constituidas exclusivamente sobre la vida del marido (123). Ciento que los

(122) Obra y lugar últimamente citados.

(123) ESCRIVÁ DE ROMAÑ (Ob. cit.) se ocupó del primero de los supues-

frutos devengados durante el usufructo, o las pensiones satisfechas, serán gananciales, según el artículo 1.403, pero la disposición contraria lo establecido en el artículo 1.401, pues el derecho mismo adquirido a cambio del caudal común no se hace también común, y se extingue al morir el marido. Por ello, quizás, más que ante un caso de fraude nos encontramos aquí ante un supuesto de contravención, lo que todavía parece más probable si se trata de enajenaciones de gananciales con reserva de usufructo, pues en esta hipótesis el marido se atribuye, sin poder para ello, la titularidad exclusiva del usufructo sustrayéndolo a la plena propiedad que era común (124).

Además del fraude directo existe el que se puede llamar fraude indirecto. El acto, en estos casos, no opera directamente el fraude, pero se realiza para facilitarlo u ocultarlo, o para facilitar u ocultar una disposición prohibida. Por ejemplo: se venden bienes para donar su importe o para sustraerlo a la liquidación de la sociedad conyugal. La pesquisa del fraude o de la contravención y la propia reparación del perjuicio irrogado por el acto fraudulento o ilegal se hacen así más difíciles.

Los casos expuestos son los que constituyen la manifestación típica y clara del fraude o de la contravención. Pero ya la antigua doctrina discutió si también se hacen en fraude de la mujer las enajenaciones que el marido lleve a cabo para subvenir a sus vicios y malas costumbres (125).

Entre los autores clásicos se aprecia sobre este punto una clara discrepancia. ANTONIO GÓMEZ (126) sostuvo que *si maritus aliqua bona superlucrativa consumpsit ludendo, meretricando, vel alios malos et reprobatos usus non potest uxori petere partem eorum. nec sibi solvi et satisfiere ex aliis bonis mariti; quia non tecit nec alienavit principuliter animo fraudandi et privandi uxorim sua medietate et lucro legali, sed casu et vicio proprio.* Nótese que la mujer, según ANTONIO GÓMEZ, ni puede atacar las enajenaciones que el marido lleve a cabo con el fin de allegar medios para entregarse a su conducta viciosa, ni tiene derecho a ser compensada con cargo a los bienes del esposo. Esta opinión, compartida por varios autores (SALA, MATIENZO, VISO, FEBRERO, etc.), fué contradicha por otros, tales como TELLO y AYORA, BENITO GUTIÉRREZ (127)

---

tos indicado. Los incluye CASTRO (*Compendio cit.*, pág. 50) dentro de la hipótesis genérica de actos de fraude.

(124) Los arrendamientos por renta baja y percibo de prima, así como el de cobro adelantado de rentas a que se refiere CASTRO (obra y lugar únicamente citados), no son, en nuestro sentir, actos fraudulentos salvo que el maridoobre efectivamente con la intención de privar a su mujer de la parte que pueda corresponderle en las cantidades percibidas.

(125) ROCA JUAN (*Ob. cit.*, pág. 523) sostiene que es contravención del Código la aplicación del patrimonio ganancial a fines distintos de los que le son peculiares.

(126) *Ob. cit.*, núm. 73, pág. 426.

(127) *Ob. cit.*, pág. 579.

se muestra también partidario de esta última opinión. Si el marido —dice— es dueño absoluto de enajenar los bienes, también lo es la mujer de probarle por todos los medios que enajenaciones hechas para mantener sus desórdenes son hechas en su daño.

El problema en el Código civil no es de fácil solución. El artículo 1.408-1 pone a cargo de la sociedad (sin derecho a repetir contra el marido, o contra la mujer, como, para ciertos casos especiales admite) todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido y no distingue en orden a si estas obligaciones han sido o no contraídas en interés de la familia. Y el artículo 1.411 dispone que lo perdido y pagado por alguno de los cónyuges durante el matrimonio en cualquier clase de juego (el juego es uno de los *malos et reprobatus usus* a que se refería la antigua doctrina) no disminuirá su parte respectiva en los gananciales. GARCÍA GOYENA (128), al comentar el artículo 1.332 del Proyecto (igual al actual 1.411), después de indicar que los antiguos intérpretes estaban casi todos de acuerdo en que lo perdido por el marido en el juego, o disipado en otros vicios, cede en daño de la sociedad, añade que la regla contenida en aquel artículo, referente al juego, hay que extenderla a lo ya gastado o disipado en vicios diferentes. «De lo contrario—agrega—se abriría la puerta a escándalos e investigaciones odiosas que turbarían la paz de los vivos y manillarían la opinión de los difuntos aun inocentes: *calumniare, semper aliquid haeret.*»

Sin embargo, fuerza es reconocer que estos argumentos no son decisivos. Cíerto que los gananciales responden de todas las obligaciones contraídas por el marido, pero sobre que la norma mira principalmente a la relación de la sociedad con terceros, no cabe duda de que, especialmente desde el punto de vista de las relaciones internas, le afecta la restricción general contenida en el último párrafo del artículo 1.413, por lo que, en definitiva, todo se resuelve en saber si lo gastado por el marido en su conducta disipada es fraude o contravención del Código. Por otra parte, el argumento obtenido a base de interpretar extensivamente el artículo 1.411 es de poca solidez, pese a que dicha interpretación extensiva esté avalada por un criterio de tanta autoridad, en orden a la fijación de la voluntad legislativa, como el de GARCÍA GOYENA. La verdad es que el artículo 1.411 puede (y debe) considerarse excepcional. Parece evidente que los poderes que se conceden al marido no se le otorgan para que pueda usar de ellos a su arbitrio. Los ostenta como jefe de la sociedad cónyugal y ello presupone que debe ejercitarlos en interés de la familia. El artículo 1.411 tiene su fundamento (un tanto discutible, desde luego), en el hecho de que en el juego se puede perder o se puede ganar y como las ganancias pertenecen a la sociedad, según el artículo 1.406 no es ilógico que, en compensación, soporte las pérdidas. Claro es que no se

(128) Ob. cit., pag. 337.

sabe si las pérdidas son a cargo de la sociedad, porque existe la probabilidad de que haga suyas las ganancias, o si hace suyas las ganancias en compensación de que ha de pechar con las pérdidas. De todos modos la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1.411 conduce a la conclusión de que lo gastado por el marido (o por la mujer) en vicios distintos del juego si merma su parte de gananciales. Esta interpretación, a pesar de ser *a sensu contrario*, tiene un sólido fundamento. El marido es el administrador, y no el dueño de los bienes gananciales.

Tomando como punto de partida este principio—y no sin un cierto esfuerzo interpretativo—se pueden ensanchar los conceptos de fraude o contravención para comprender en ellos todas aquellas disposiciones que (129), realizadas por el marido en beneficio propio o ajeno, representen una carga o disminución totalmente injustificada (daño y no sólo riesgo) de la sociedad de gananciales.

Pasemos ahora a considerar la segunda cuestión. Prescindiendo del derecho de la mujer a ser compensada en la liquidación de la sociedad, derecho que tiene su apoyo en el último párrafo del artículo 1.413 y en el 1.419, ¿son impugnables los actos realizados por el marido en fraude de su mujer? ¿Cuándo y en qué condiciones es posible la impugnación?

Respecto de los actos realizados en contravención del Código, entendiendo por tales las donaciones o los actos de disposición a título oneroso que el marido lleve a efecto sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, nos remitimos a lo que ya hemos dicho al ocuparnos extensamente de ambos puntos. Según expusimos, la mujer puede impugnar tales actos o pedir que se declare su nulidad, incluso antes de disolverse la sociedad.

También puede, a nuestro juicio, impugnar los actos simulados del marido, así como aquellos otros que lleve a cabo con abuso o extralimitación manifiesta u ostensible de potestades.

Con referencia a la simulación, ya se trate de simulación absoluta o de simulación relativa, creemos que la mujer, que no es parte en el negocio y que, sin embargo, tiene un legítimo e indiscutible interés en que se destruya la falsa apariencia creada por el acto simulado, está plenamente legitimada para entablar la acción. Antes de la reforma del Código la Jurisprudencia (sentencias citadas de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956) había reconocido que la mujer podía atacar las ventas simuladas realizadas por el marido, aunque bajo su ropaje se disfraze una donación y, naturalmente, esta doctrina es válida para las enajenaciones totalmente simuladas (posiblemente lo eran las contempladas por aquellos fallos, según antes dijimos), siempre que se hayan hecho con el propósito de defraudar o perjudicar a la mujer. El acto absolutamente simulado es totalmente nulo (o inexistente), y el relativamente simulado sólo puede ser eficaz si el

(129) Así CASTRO: *Compendio cit.*, pág. 50.

acto disimulado es válido a su vez y cumple los requisitos exigidos por el Derecho positivo (130). La razón de la ineficacia del acto radica en la simulación y no en el fraude, que sólo puede ser interesante desde el punto de vista de la legitimación de la mujer para entablar la acción. Esta consideración nos enfrenta con un problema de incuestionable interés: ¿podrá la mujer pedir que se declare la simulación de un acto si el marido ha buscado la simulación no para defraudar a su esposa sino para la consecución de otros fines? Aunque, quizás, la cuestión no sea del todo diáfana nos inclinamos por la afirmativa. La interposición de otra persona representa siempre un peligro evidente para los intereses de la mujer. Es difícil negarle la condición de tercero interesado, que es la cualidad exigida por la Jurisprudencia para estimar legitimado al que ejercite la acción de simulación. El interés de la mujer es indiscutible siempre que se trate de un inmueble o de un establecimiento mercantil, toda vez que la simulación permitirá al marido disponer de aquellos bienes sin contar con el consentimiento de su esposa o la autorización judicial. Igualmente la finalidad de defraudar, no ya a la mujer sino a la ley, será causa de legitimación suficiente para impugnar aquellos actos simulados que tengan por fin (el ejemplo típico es la fundación de una sociedad) crear una masa patrimonial, fingidamente autónoma, que permita al marido prescindir de las nuevas garantías que la ley ha establecido en obsequio de la mujer.

Igualmente son impugnables por la mujer los actos que su marido haya realizado con manifiesto y ostensible abuso de poder y por los que adquiere derechos a cambio de bienes gananciales, de los que resulta titular exclusivo. El uso abusivo del poder de disposición, en estos casos, es claro y terminante y se consuma (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de fraude indirecto) por obra del mismo acto. La doctrina (131) estima que los actos realizados con abuso de poder son anulables, aunque, naturalmente, dicha anulabilidad presupone que la contraparte tenga conocimiento del abuso. En las hipótesis que estamos examinando el uso abusivo del poder de disposición lo revela el propio acto, por lo que no parece que la contraparte pueda alegar desconocimiento de lo que, quizás, más que abuso, es extralimitación o falta de poder, contravención y no sólo fraude.

La acción que asiste a la mujer para pedir que se declare la

(130) Respecto de las donaciones disimuladas, su ineficacia se funda, en primer lugar, en la falta de poder del marido; en segundo término, y según parece apuntar a la Jurisprudencia, en la ilicitud de su causa y, finalmente, tratándose de inmuebles, también podría apoyarse en la doctrina legal (algo contradictoria sobre el particular) de que no se ha cumplido el requisito formal de que la donación se solemnice en escritura pública, requisito que se estima infringido aunque la falsa venta se haya formalizado en instrumento público.

(131) Clr. Berni: *Ob. cit.*, pág. 453, y en idéntico sentido el Código italiano, según vimos arriba.

simulación o para impugnar los actos que su marido realizó con manifiesto abuso de poder, no queda necesariamente enervada por el hecho de que el marido haya actuado con consentimiento de su esposa, cumpliendo, formalmente, las exigencias del primer párrafo del artículo 1.413. La cosa es muy clara cuando el marido ha utilizado un consentimiento conferido con carácter general. *La nulidad o anulabilidad del negocio nace de la anormalidad que le afecta y no de la falta del consentimiento «uxoris».*

La mujer puede renunciar (con la facultad de poner fin a la renuncia cuando lo estime oportuno) al derecho de vetar ciertos actos de su marido, pues a eso equivale, en suma, el consentimiento prestado *a priori* y con carácter general; pero tal renuncia no comporta la de la acción que le corresponde para pedir la nulidad de actos de suyo ineficaces (como los simulados) realizados para defraudarla, o que por su propia naturaleza constituyan un perjuicio evidente y directo para sus intereses.

Las mismas razones pueden invocarse en apoyo de la subsistencia de la acción si la mujer ha consentido especialmente el acto ignorando de lo que se trataba, salvo que sean actos realizados con abuso manifiesto de poder, pues, entonces, el propio acto revela el perjuicio de la mujer, por lo que si ella libremente lo consiente no cabe que posteriormente pueda impugnarlo. El abuso de poder queda subsanado si el perjudicado da su consentimiento. En cambio, la mujer puede perfectamente haber consentido un acto simulado ignorando que lo es. Su acción para pedir que se declare la simulación subsiste intacta en esta hipótesis. La nulidad del negocio no puede quedar subsanada. En el caso de simulación absoluta, porque es insubsanable, y por ello, aunque la mujer hubiera prestado su consentimiento con conocimiento de la simulación podría, a nuestro juicio, intentar con éxito la acción que corresponde incluso a las partes luego con mayor razón a la mujer que, según nuestra concepción, no interviene como parte otorgante del negocio dispositivo. Tratándose de simulación relativa que encubra una donación, es evidente que el consentimiento que la mujer haya prestado ignorando la simulación no puede en modo alguno representar la convalidación de la liberalidad encubierta, cuya nulidad radica en su ilicitud y fraudulencia (en este caso) y, además, en la falta de poder del marido, defectos que no pueden quedar subsanados por un consentimiento prestado con error. Aunque el asentimiento de la mujer a un acto de su marido no forme parte de ese acto es en sí un negocio jurídico susceptible de ser impugnado cuando adoleza de alguno de los vicios que invalidan los negocios jurídicos, en general (132).

(132) La doctrina suele equiparar el asentimiento y el poder de representación a la hora de valorar la trascendencia de los vicios de voluntad del poderdante o autorizante sobre el negocio autorizado. Superada la rigidez lógico-formal de la teoría de la representación, la doctrina, sobre todo a partir de HÜKA, entiende que el error del poderdante sobre algún pun-

En orden al tiempo en que la mujer puede atacar los actos simulados de su marido, la Jurisprudencia moderna ha admitido, según hemos visto anteriormente, que la mujer puede ejercitar la acción de simulación constante el matrimonio, lo cual es plenamente ortodoxo, pues el acto es ineficaz *per se* desde su origen y la mujer tiene, indudablemente, la consideración de interesada en que se declare la nulidad. El artículo 1.419, según antes vimos, es compatible con la posibilidad de que la mujer ataque los actos ilegales de su marido (en contravención del Código) vigente la sociedad. Lo mismo hay que decir, con mayor motivo todavía, respecto de los actos simulados. El acto simulado, a diferencia del realizado con falta de poder dispositivo, no admite convalidación.

En todo caso, el artículo 1.419 es útil por cuanto que permitirá a la mujer ser indemnizada cuando no sea posible recuperar los bienes que fueron objeto del negocio simulado. Además, y así parece resultar de la sentencia de 25 de mayo de 1956, la mujer puede optar, si lo prefiere, por pedir que se declare la ilegalidad y fraude de la acto simulado para ser resarcida en la liquidación de la sociedad conyugal.

Tampoco vemos motivos para sostener que los actos realizados por el marido, con abuso manifiesto de poder, no puedan ser impugnados por la mujer hasta que llegue el momento de la disolución de la sociedad y sólo en el supuesto de que en la liquidación no haya podido ser resarcida. El artículo 1.419, ya lo hemos dicho, no constituye un impedimento insuperable que se oponga a la posibilidad de impugnar, constante la sociedad, los actos del marido, que sean ineficaces frente a la mujer, bien porque el marido carezca de poder para realizarlos (hipótesis de donaciones prohibidas), bien porque haya infringido las limitaciones impuestas en garantía de la mujer (contravención de lo previsto en el primer párrafo del artículo 1.413), bien porque haya ejercitado de modo extrínsecamente legal, pero en su propio y exclusivo beneficio, con abuso manifiesto de poder y contrariando el juego normal de la subrogación real, las potestades que la ley le concede,

---

to esencial del negocio principal que ha de celebrarse hace anulable el poder y a través de éste socava también el acto realizado por el representante. Cf. HUPKA: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, página 51 de la traducción española. Cf., asimismo, NERPI: *La rappresentanza nell' diritto privato moderno*, pág. 269; BETTI: *Ob. cit.*, pág. 445, a pesar de las diversas construcciones que mantienen en torno al fenómeno representativo. «Cuando el consentimiento del principal—dice Nerpi—sea particular y específico no puede excluirse la necesidad de dar el debido peso al querer formularlo en aquel consentimiento.»

En el caso de poder conferido por la mujer de modo general sólo deben ser decisivos los vicios de voluntad del marido, como igualmente se admite para la teoría de la representación. Naturalmente, esto no obsta al derecho de la mujer de impugnar y atacar los actos simulados de su esposo o que éste haya realizado con abuso manifiesto de poder. En estos supuestos la nulidad del negocio, según decímos en el texto, nace del propio acto y es independiente de la concesión del consentimiento.

en cuyo caso el acto debe reputarse anulable (133). El artículo 1.419, insistimos en ello, contempla, exclusivamente, el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, y no prejuzga el problema de si los actos del marido que contradigan lo dispuesto en la ley o realizados en fraude de la mujer, pueden o no ser impugnados antes de dicho momento.

La impugnación de aquellos actos en cuya virtud el marido haya constituido usufructos (directamente o por vía de reserva) o rentas vitalicias sobre su propia vida, obliga a la devolución de las rentas o frutos percibidos. En estos casos, el fraude (o mejor, la contravención) se produce por el hecho de que a cambio de bienes gananciales se adquiera un derecho dependiente, exclusivamente, de la vida del marido. Pero esto no quiere decir que toda la operación (y sus consecuencias) sea fraudulenta. Si el marido ha dado a los frutos o rentas recibidas un destino perjudicial para la mujer, habrá un doble fraude, y la esposa tendrá derecho a ser resarcida del segundo fraude en la liquidación de la sociedad conyugal. Es dudoso que este segundo fraude tenga trascendencia frente a la contraparte.

Nos restan, para terminar, los supuestos, que hemos llamado de fraude indirecto. En ellos, el acto dispositivo del marido es real (no hay, pues, simulación), legal, es decir, el marido lo realiza moviéndose dentro del ámbito de sus poderes dispositivos o cumpliendo los requisitos complementarios exigidos por la ley, y, además, en sí mismo, correcto. El fraude o la contravención se consuman a través del destino que da el marido al contravalor recibido.

Estos actos, por regla general, no son impugnables. Si lo fueran, la contratación con maridos casados bajo el régimen de gananciales sería de una inseguridad total y absoluta. El número uno del artículo 1.408 del Código civil, nos dice que la sociedad de gananciales responde de todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido. De aquí resulta la validez de todos aquellos actos que el marido haya realizado en el ejercicio de las potestades que se le conceden. Incluso cuando la conducta del marido alcance un grado tal de desorden que permita a la mujer que se le declare pródigo, quedan en pie los actos realizados que sean anteriores a la demanda de interdicción (artículo 226 del Código civil).

Pero esta regla general, a nuestro juicio clarísima, ¿tiene alguna excepción? La Jurisprudencia y la doctrina anteriores a la reforma habían dejado entrever la posibilidad de que la mujer pudiera pedir la rescisión del acto fraudulento en el caso de que, una vez disuelta la sociedad, no pudiera resarcirse de los perjuicios causados por aquel acto a costa de los bienes comunes y de los

---

(133) Según vimos anteriormente, esta es la opinión que ha prevalecido en el nuevo Código italiano. ,

propios del marido. Pero no puntualizó los requisitos y circunstancias de la acción ni acabó de perfilar su naturaleza.

Parece lógico que esta acción de rescisión se construya de forma paralela a la de aquella otra acción que la ley concede como remedio, para el supuesto más típico de fraude: la enajenación en fraude de acreedores. La asimilación tiene, en nuestro derecho, el precedente de ANTONIO GÓMEZ (134), y se encuentra en la doctrina española y extranjera (135). No quiere decir esto que la enajenación en fraude de la mujer sea igual a la enajenación en fraude de acreedores, sobre todo, si se estima que la mujer no es acreedora por su mitad de gananciales, sino copartícipe del patrimonio común. Pero existe un punto sustancial de coincidencias. *En los dos casos, se quieren burlar los derechos de otra persona a través de una enajenación real y mediante el destino dado al precio o contravalor recibido a cambio de los bienes enajenados* (136). Es, por lo tanto, lógico que sin identificar las dos acciones, se conceda a la mujer, frente a los supuestos de fraude del marido, una acción rescisoria construida sobre los moldes de la pauliana. Parece más indicada la analogía, en este sentido, que la aplicación (al fraude indirecto) de la teoría del abuso de poder. De un lado, en los casos clásicos de abuso del poder (137), el perjuicio para el representado nace del acto mismo, mientras que aquí deriva de un acto posterior. De otro, la consecuencia del abuso de poder es la nulidad, o anulabilidad, de lacto, remedios, ambos, excesivos para el fraude indirecto, ya que los terceros deben quedar ajenos a toda posible impugnación, y sólo su complicidad en el fraude puede exponerlos a las consecuencias de la rescisión.

(134) *Ob. cit.*, pág. 426 núm. 74.

(135) Cfr. SCAEVOLA: *Código civil, comentado y concordado extensamente*, tomo XXII, pág. 328, quien incluso hace aplicación de las presunciones del artículo 1.297. La jurisprudencia francesa se ha inspirado en la analogía con la acción revocatoria, analogía que también recogen los comentaristas del «Code» civil.

(136) Por no apreciar esta sustancial coincidencia, ROCA JUAN (*cit.* página 528) sostiene que los únicos actos fraudulentos impugnables son los simulados (son simulación absoluta o relativa) y estima que si el fraude de la mujer no deriva directamente del acto de enajenación, que procuró el equivalente exigido al patrimonio ganancial, sino de la aplicación que hiciere el marido del valor recibido, el acto no es fraudulento en sí y, por tanto, no es atacable. Esta tesis no nos parece acertada. La verdadera enajenación en fraude de acreedores (distinta de la enajenación simulada, quizá más corriente y que tiende a clamar formalmente los bienes del patrimonio del deudor, por lo que coincide en sus fines, aunque esencialmente es diversa de la enajenación fraudulenta propiamente dicha) también opera el fraude a través del escamoteo del precio obtenido. Pero la intención fraudulenta (*consilium fraudis*) y la complicidad del adquierente corroen el acto dispositivo (no fraudulento si se le considera aisladamente y abstracción hecha del destino dado al dinero percibido) permitiendo su impugnación.

(137) Que tomar como punto de partida el autocontrato.

La viabilidad de la rescisión, una vez disuelta la sociedad, si su activo líquido más los bienes propios del marido no bastan para satisfacer la mitad de gananciales que corresponda a la mujer, computada sobre la base de la previa adición o colación del importe de los bienes enajenados fraudulentamente por el marido, parece indiscutible. Por la diferencia no cubierta, la mujer es acreedora de su marido. El inconveniente apuntado por ESCRIVÁ de ROMAÑÍ (138), en el sentido de que si se considera que el crédito de la mujer sólo nace al liquidarse la sociedad, la enajenación es inatacable por ser anterior al nacimiento del crédito, no la estimamos (ni la estima el compañero citado) insuperable. Aunque el crédito de la mujer sólo se concrete, como tal crédito, en la liquidación, es evidente que se deriva de un derecho (el de la mujer) anterior al acto fraudulento. Recuérdese que para la Pauliana, propiamente dicha, se admite (139), que los acreedores, bajo condición suspensiva, puedan, «pendiente» la condición, preparar la prueba del fraude y ejercitar después la acción si la condición se cumple. No se trata, además, de aplicar lisa y llanamente la acción pauliana a las enajenaciones fraudulentas del marido, sino de articular una acción de rescisión a favor de la mujer aplicando, analógicamente, la doctrina de la Pauliana. Aceptamos, a «priori», que los supuestos no son idénticos. De serlo, holgaría la aplicación analógica.

Tampoco nos parece imposible que la mujer pueda ejercitar la acción de rescisión constante la sociedad. La Jurisprudencia (anterior a las sentencias de 25 de mayo y 30 de octubre de 1956, que se refieren, como sabemos, a hipótesis de simulación), había negado esta posibilidad. Dos consideraciones inspira este criterio. Una el sendopostulado de que la mujer no puede hacer efectivos sus derechos en la sociedad de gananciales, hasta que dicha sociedad se disuelve, idea, ésta que tiene su punto de apoyo positivo más firme en el artículo 1.419. Otra, la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria (art. 1.294 del C. c.). La primera de estas dos premisas no es exacta y constituye, según antes dijimos, una verdadera petición de principio. Desde que la enajenación fraudulenta se consuma, hay que estimar que la mujer es titular de un crédito contra su marido, para que éste restituya al patrimonio común el importe de los bienes enajenados en fraude. Este crédito, como tal crédito, es, si se quiere, posterior al acto fraudulento (pues viene determinado por la aplicación dada al precio recibido); pero es un crédito que nace por transformación del derecho de copropiedad (anterior al acto) que la mujer ostenta sobre el bien enajenado. Sólo este derecho de la mujer,

(138) Ob. cit., pág. 927.

(139) Cfr. CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, en «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 211.

tendente a obtener la reintegración del patrimonio común, puede explicar y justificar la colación imputación del artículo 1.419. Lo que ocurre es que, cuando la sociedad entra en trance de liquidación, basta («prima facie»), que la reintegración del patrimonio común se realice *en forma contable*, pues, entonces sólo interesa ya concretar la participación de la mujer en los gananciales y satisfacer íntegramente esa participación, *lo que puede hacerse inmediatamente*. Pero, vigente la sociedad, no cabe más que la reconstitución *efectiva*, obtenida, en último término, mediante la rescisión del acto fraudulento. Ni el artículo 1.419 del Código civil ni ningún otro precepto, imponen a la mujer la necesidad de que aplace el ejercicio del derecho que nace a su favor de la enajenación fraudulenta (en orden a la obligación del marido de restituir al patrimonio común el importe de lo percibido), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. El artículo 1.419, como antes hemos puesto de relieve, sólo entra en funciones cuando la sociedad llega al punto final de su existencia, *pero no tiene por qué decidir las soluciones aplicables a los problemas que se plantean antes de la disolución*. Es compatible, según vimos, con la posibilidad de impugnar, antes de que la sociedad se disuelva, los actos dispositivos del marido que contravengan el Código o que de suyo sean nulos, luego no puede ser obstáculo para que se rescinda cuando sean rescindibles. En cuanto al carácter subsidiario de la acción es razón suficiente para que, *llegado el momento de disolver la sociedad*, la rescisión sólo pueda pretenderse si la satisfacción del interés de la mujer no puede conseguirse a expensas de la masa patrimonial en liquidación. Pero durante la vida de la sociedad el funcionamiento subsidiario de la acción resarcitoria, hay que entenderlo de otro modo. Está claro que si el marido carece de bienes propios y si el destinatario del importe (donatario o persona interpuesta) no puede ser habido o es insolvente, *el único medio de reparar el perjuicio irrogado*, no tanto a la mujer como al patrimonio común (que funciona como entidad autónoma, en cuanto a sus relaciones con los bienes particulares de los cónyuges), es la rescisión del acto fraudulento. Es un error entender que el acto fraudulento no determina un perjuicio para la mujer. *Una cosa es que el perjuicio pueda ser reparado en la liquidación de la sociedad y otra muy distinta que se trate de un perjuicio futuro y eventual*. Puesto que, evidentemente, el perjuicio es actual, debe ser posible una reparación también actual, y es desorbitar la naturaleza subsidiaria de la acción resarcitoria entender que la reparación actual ha de quedar excluida porque cabe la posibilidad de una reparación futura. Además, al negarse la resarcitoria durante la vida de la sociedad, se compromete gravemente el éxito de esa reparación futura, porque en cuanto los bienes pasen a poder de tercero, ajeno al fraude, la acción ya no podrá prosperar (art. 1.259 del C. c.). Y tampoco es razonable que para asegurar una acción de rescisión, que no se sabe

si llegará a ser procedente, quedan los bienes enajenados, afectos o sujetos a la futura e incierta rescisión, con lo que durante un período de tiempo indeterminado, devienen, prácticamente, ineptos para el tráfico. Por esto, desde su punto de vista (equivocado), tuvo cierta razón la sentencia de 12 de diciembre de 1929, al negar la anotación preventiva. La postura de la Jurisprudencia, al admitir la rescisión «para después», no es aceptable. Una de dos, o el acto es totalmente inatacable (lo mismo antes que después de que la sociedad se disuelva), y ésta debe ser la regla general tratándose de fraude indirecto, o, si se admite la rescisión, ésta ha de poder plantearse desde ahora, es decir, desde que el fraude se consume. *Y no hay inconveniente en admitir la rescisión excepcionalmente, en base de la analogía, no identidad, entre la enajenación en fraude de acreedores y la enajenación en fraude de la mujer.*

La construcción de la acción que puede concederse a la mujer, en los supuestos de fraude indirecto, tomando como patrón la teoría de la acción pauliana, obliga a estimar que los presupuestos de dicha acción son los siguientes:

1.<sup>o</sup> La rescisión sólo será posible en los casos de fraude típico, o sea, cuando el marido haya obrado con el fin de sustraer a la mujer su participación en el valor de los bienes enajenados, para escamotearlos en la liquidación de la sociedad conyugal, obrando en beneficio propio o en el de un tercero. Sólo entonces puede considerarse cumplido el requisito del «consilium fraudis». Por consiguiente, creemos que si el concepto de fraude a la mujer se ensancha para comprender en él los supuestos de disipación, por el marido, del precio percibido, este fraude es diverso del que tipifica la enajenación en fraude de acreedores, que sólo admite equiparación con lo que nosotros llamamos fraude típico.

2.<sup>o</sup> Será requisito esencial para que la acción pueda prosperar la complicidad del adquirente. Parece que será suficiente el conocimiento pleno, por su parte, de la intención fraudulenta del marido.

3.<sup>o</sup> La rescisión sólo procede como recurso extremo, porque es subsidiaria. Ya hemos visto indicado antes en qué forma hay que entender este funcionamiento subsidiario de la acción, según que la misma se plantee antes o después de disolverse la sociedad.

4.<sup>o</sup> El adquirente tendrá acción para exigir del marido la devolución del precio con sus intereses (art. 1.259). Esta acción podrá hacerse efectiva sobre los bienes futuros del marido (pues, si los tiene suficientes en la actualidad no procede la rescisión), y si la rescisión se plantea después de disuelta la sociedad, podrá ejecutarse inmediatamente sobre aquella parte de los bienes restituidos que haya sido adjudicada al marido o a sus herederos.

Digamos, por último, recordando lo que anteriormente expusimos, que la rescisión, si se dan los requisitos y circunstancias

que acabamos de señalar, no queda excluída aunque el marido haya contado con el consentimiento de su mujer, si utilizó una autorización general o si la esposa consintió el acto ignorando el fraude. La impugnabilidad del acto nace del fraude, y no de la contravención de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1.413.

*Actos para los que se precisa el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial.*

## I.

*Significado del concepto actos de disposición*

Dice el artículo 1.413 que el marido necesita el consentimiento de su mujer o, en su defecto, autorización judicial para actos de disposición sobre bienes inmueble o establecimientos mercantiles.

El ámbito de aplicación de estos dos requisitos (consentimiento *uxoris* o autorización judicial) depende, a su vez, de la mayor o menor amplitud que tengan los dos términos a que se refiere la nueva exigencia legal. De un lado, hay que preguntarse cuál es el alcance y cuál el verdadero significado que en el nuevo artículo 1.413 tiene la expresión «actos de disposición». De otro es preciso concretar los elementos objetivos «bienes inmuebles» y «establecimientos mercantiles». Por último, y habida cuenta de las facultades que corresponden al marido como administrador y gestor del patrimonio ganancial, no resulta diáfano que ciertos actos referente a inmuebles o a establecimientos mercantiles, aunque puedan ser reputados actos de disposición, dependan, para su plena eficacia, de la licencia uxoria o de la autorización judicial.

Dejaremos para más adelante el estudio de la segunda cuestión (examen de las expresiones «bienes inmuebles» y «establecimientos mercantiles»), y nos ocuparemos ahora de la primera (alcance y significado del concepto acto de disposición) refiriéndonos, asimismo, de una manera general, al problema de las posibles limitaciones o excepciones que pueden señalarse a la nueva regla de que el marido necesita el consentimiento de su mujer o autorización judicial para llevar a cabo actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

A nuestro juicio, la expresión «actos de disposición» puede tener en el artículo 1.413 alguna de estas tres aceptaciones:

1.<sup>o</sup> Equivalente a enajenaciones (en un amplio sentido). Los actos de disposición a que se refiere el artículo 1.413 serían, pues, los actos de enajenación, gravamen o hipoteca aludidos en otros artículos del Código, cuando exigen para la realización de ciertos negocios jurídicos el consentimiento de otra persona o la autorización judicial. Así, por ejemplo: artículo 164 (patria potestad), artículo 186 (ausencia), artículo 269-5 (tutela), artículo 317 (emancipación), artículo 1.361 (bienes dotales), artículo 1.387 (bienes parafernales), artículo 1.444 (administración por la mujer de bienes de la sociedad conyugal), etc.

2.<sup>o</sup> Igual a negocio de disposición. Negocio de disposición es aquél por el que se opera la transmisión, modificación o extinción de un derecho subjetivo. La enajenación y el gravamen son dos importantes manifestaciones del negocio de disposición;

pero no las únicas. Aunque se dé al concepto enajenación una interpretación muy lata no parece que pueda cobijar todo posible negocio de disposición. Quedan fuera de su ámbito los negocios simplemente modificativos (140).

3." Equivalente a acto de riguroso dominio. Recordemos, para puntualizar el alcance de esta tercera acepción, que el concepto acto de disposición no es unívoco, aunque a veces la ley, e incluso la doctrina, no adviertan los dos distintos significados del término. Se puede hablar de acto de disposición en un doble sentido: como concepto opuesto a negocio de obligación y como término antítetico al acto de administración. En el primer caso, estamos ante el negocio de disposición propiamente dicho (al que nos acabamos de referir en el número anterior). En el segundo tenemos los actos que exceden de la simple administración, actos que siguiendo el tecnicismo de nuestro código pueden llamarse «actos de riguroso dominio».

Así como la distinción entre negocio de disposición y negocio de obligación es clara, e igualmente es fácil fijar el concepto teórico del negocio dispositivo, no es tan sencillo definir el acto de riguroso dominio ni señalar los límites que lo separan del acto de administración. No nos es posible exponer aquí, con detenimiento, todo el movimiento doctrinal que de una forma directa o indirecta (trabajando con los conceptos de sustancia y fruto) ha tratado de concretar el ámbito respectivo de estos dos conceptos. Resumiendo las ideas más generalmente admitidas sobre el tema, puede decirse que la distinción entre actos de admi-

(140) Recuérdese la controversia sobre si las particiones equivalen o no a una verdadera enajenación al efecto de serles aplicables las restricciones que afectan a ciertas personas para la realización de las mismas.

El negocio de disposición se contrapone al negocio obligacional u obligatorio por el cual se crea una obligación que antes no existía. Como dice VON TUIR (*Ob. cit.*, t. II-1, pág. 276), mientras el acto de disposición constituye una alteración del activo, la asunción de una obligación produce el aumento del pasivo sin que el activo resulte alterado directamente. En el negocio de disposición, a través de cualquiera de sus manifestaciones, ejercitamos una facultad que está contenida en el derecho a que se refiere el negocio. En cambio, cuando se trata de un negocio de obligación no ejercitamos un derecho subjetivo, sino que simplemente actuamos la fuerza jurídica que a nuestra voluntad concede el derecho objetivo.

La distinción entre negocio obligacional y dispositivo es exacta, pero no debe olvidarse que, en nuestro Derecho, ciertos contratos (aquehos a que se refiere el art. 609 del C. c.) son a la vez negocios obligacionales y dispositivos, pues en ellos radica el centro de gravedad de la disposición, aunque para que ésta se produzca haga falta el requisito complementario de la tradición. Los actos de disposición del artículo 1.413 incluyen, naturalmente, el contrato causal. Para no convertir el consentimiento de la mujer en un requisito de valor puramente teórico, el BGB, que parte de una rigurosa separación entre negocio obligacional y dispositivo, exige el asentimiento de la esposa para las disposiciones sobre fincas y para aquellos negocios por los que el marido asuma la obligación de realizar dichas disposiciones.

nistración y de riguroso dominio (o de disposición, es esta segunda acepción del término) hay que buscarla atendiendo no sólo a los efectos jurídicos del acto (criterio, en cambio, suficiente para distinguir el negocio de obligación y el de disposición), sino que hay que contemplar dichos efectos en función del destino económico del bien a que directa o indirectamente se refiere, y tener en cuenta la situación general del patrimonio a quien dicho bien pertenece (141). En este sentido, acto de disposición (o sea, acto de riguroso dominio) es aquel que compromete la existencia, la individualidad o el valor de un elemento estable del patrimonio, que afecta, por lo tanto, al capital. Por el contrario, acto de administración es el que tiene por fin obtener el normal rendimiento de una masa patrimonial conforme a su destino económico y sin comprometer, por consiguiente, su sustancia. Naturalmente, la aplicación de este criterio diferencial, que opera con elementos metajurídicos, no siempre es sencilla. Hay que descender, muchas veces, a cada caso concreto para ponderadas todas las circunstancias decidir si el acto en cuestión es o no acto de disposición.

En todo caso queda claro que los conceptos acto de disposición (como sinónimo de acto de riguroso dominio) y negocio de disposición no coinciden necesariamente. Existen actos de administración que presuponen la realización de un negocio de disposición (por ejemplo, la venta de frutos, el cobro de un crédito a su vencimiento, etc.). El acto de riguroso dominio no siempre es un negocio jurídico. No lo es, por ejemplo, el cambio esencial del destino de una finca, y, sin embargo, debe considerarse acto de riguroso dominio.

Se comprende que tiene importancia decidir si el término acto de disposición ha sido empleado en el artículo 1.413 como equivalente a acto de riguroso dominio.

Ciertamente, los negocios jurídicos de disposición sobre un inmueble o sobre un establecimiento mercantil son, por regla general, actos de riguroso dominio, pues tanto los unos como los otros son sustancia capital. Pero dada la amplitud que tiene en nuestro derecho el término inmueble, hay negocios jurídicos, como veremos después, que, si bien son negocios de disposición sobre un inmueble, difícilmente pueden considerarse actos de disposición en el sentido de actos de riguroso dominio. Por otra parte, si la expresión «acto de disposición» la entendemos como acto de riguroso dominio quedarán incluidos en el área de aplicación de las nuevas limitaciones actos que no lo estarían de estimar que la ley ha querido referirse al negocio de disposición en el sentido técnico y estricto. No es sólo el caso de las que podemos llamar disposiciones de hecho (cambio de destino, explotación de fincas o

(141) BONNECASSE (*Elementos de Derecho civil*, traducción española de CAJEA, tomo I, pág. 401) habla de patrimonio de familia, patrimonio de especulación y patrimonio de liquidación.

establecimientos en forma consuntiva, excesiva o anormal). En materia de disposición sobre establecimientos mercantiles tiene gran importancia, como veremos en su momento oportuno, puntuizar si el término acto de disposición equivale a negocio de disposición o si, por el contrario, significa acto de riguroso dominio.

A nuestro juicio, tanto para fijar el significado de la expresión «actos de disposición» utilizada por el artículo 1.413, como para formarse un criterio general sobre cuáles son los actos para los que el precepto reformado exige el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial, hay que atender a tres consideraciones fundamentales, que son éstas:

1.<sup>a</sup> La «*ratio iuris*» del nuevo artículo 1.413. La finalidad del precepto, como hemos repetido hasta la saciedad, al limitar los poderes dispositivos del marido, no es otra que la de tutelar más eficazmente los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales. De aquí, se siguen dos claras conclusiones: primera, entre las posibles acepciones de las palabras «acto de disposición» habrá que escoger la que mejor cuadre a aquella finalidad. Segunda, el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial no deberán exigirse cuando el acto, cualquiera que sea su conceptuación técnica, no sea susceptible de dañar, por su propia índole y contenido, los intereses de la mujer. Ninguna norma puede ni debe ser aplicada más allá de los límites que le imponga su «*ratio iuris*».

2.<sup>a</sup> La necesidad de intrepretar restrictivamente las nuevas exigencias que el marido ha de cumplir para disponer, con plena eficacia, de ciertos bienes. El consentimiento *uxoris* y la autorización judicial subsidiaria, son una limitación de las potestades que todavía, con carácter general, se reconocen al marido en su calidad de jefe de familia y administrador de la sociedad conyugal. Como toda limitación o excepción a una regla o principio general, las que formula el nuevo artículo 1.413 del Código civil no pueden ser extensivamente interpretadas. Por consiguiente, ni la intervención de la mujer ni la del juez, pueden interferir otras facultades del marido que no le estén ilimitadas. Aunque el acto, en sí y aisladamente considerado, sea un acto de disposición, el marido podrá llevarlo a cabo cuando su realización sea consecuencia inmediata y directa del ejercicio de otras potestades no sujetas a ninguna de aquellas limitaciones.

3.<sup>a</sup> La naturaleza del mecanismo escogido por el legislador para hacer efectiva la tutela que quiere dispensar a la mujer. El artículo 1.413 concede a la esposa, únicamente, el derecho a controlar ciertos actos de su marido que estima especialmente graves. Y este control consiste en la facultad que se otorga a la mujer de consentir u oponerse al acto de disposición planeado por el marido. En principio, la mujer es libre de conceder o de negar su consentimiento, pero si lo niega el marido puede superar el obstáculo acudiendo a la autorización judicial. El Juez, según vimos oportunamente, puede también conceder o denegar su autorización,

aunque a nuestro juicio debe concederla si adquiere el convencimiento de que el acto no será perjudicial para la sociedad de gananciales. Queda confiado al criterio discrecional del Juez ponderar si el acto resultará o no perjudicial.

La índole de este mecanismo de protección tiene como presupuesto que la mujer pueda optar por consentir el acto u oponerse a su realización. De aquí, se sigue, que el consentimiento *uxoris* será improcedente cuando se trate de llevar a cabo un acto de disposición necesario, o debido. En tales hipótesis (si es que en ellas hay realmente acto de disposición), la mujer no puede oponerse a la disposición. Esta tiene que efectuarse quiera o no quiera la mujer (142). Igualmente, falta el presupuesto lógico de la autorización judicial subsidiaria, por cuanto que si se trata de transmisiones forzosas el Juez tendrá obligadamente que concederla.

La conclusión que se sigue del razonamiento expuesto no queda desvirtuada por la consideración de que en los casos de transmisión necesaria el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial pueden servir para controlar el empleo o inversión del dinero recibido como contrapartida. Porque justamente ese control invadiría una potestad del marido (la de manejar e invertir, en principio libremente, el dinero ganancial) que no le está limitada. Como hemos dicho el nuevo artículo 1.413 debe interpretarse, en este punto, en forma restrictiva, y ello impide aplicarlo de manera tal que resulten, de hecho, cercenadas otras potestades del marido. La ley sólo concede a la mujer el derecho de consentir u oponerse a ciertos actos de disposición, y limita a eso su intervención en el acto dispositivo. El Juez, en nuestra opinión, tampoco puede imponer al marido un destino o inversión determinado para el dinero que haya de percibir a cambio del bien ganancial de que se trate. Si cree que el acto es perjudicial o peligroso para los intereses de la mujer debe denegar la autorización. Quizá, aunque esto suponga forzar la recta interpretación del sistema legal, se llegue a la conclusión de que si el Juez tiene libertad para conceder o denegar la autorización puede dispensarla con la condición de que el marido invierta el dinero percibido en la forma y con las garantías que le parezcan más adecuadas. Pero en los casos de transmisiones forzosas fallaría también este recurso por cuanto que las mismas tendrían que ser necesariamente autorizadas (143).

(142) El consentimiento de la mujer, si la obligación de realizar en el futuro un acto de disposición ha sido libremente asumida por el marido, es naturalmente necesario para que esta obligación pueda contraerse con plena eficacia. Pero prestado el consentimiento para la constitución de la obligación no hay razón para exigir posteriormente la renovación de dicho consentimiento cuando llegue el momento de cumplir con aquélla. Ver sobre esto lo que más adelante decimos.

(143) A lo más que puede llegar el Juez, en nuestro sentir, si se trata de transmisiones voluntarias, es a exigir que el marido asegure la inversión propuesta.

Las tres consideraciones que anteceden (interpretación del artículo 1.413 en función de su «*ratio iuris*», sentido restrictivo que debe presidir su interpretación, y naturaleza del mecanismo adoptado por el legislador para proteger los intereses de la mujer) nos permiten, además, fijar el significado de la expresión «actos de disposición», sentando las siguientes conclusiones:

1.º En principio hay que sostener que el término «acto de disposición» está empleado en el sentido de acto de riguroso dominio. El concepto se usa como antítetico al de acto administración. Se debe descartar que con dicha expresión se haya querido aludir tan sólo a los negocios de enajenación o gravamen, e igualmente la equiparación a negocio jurídico de disposición.

El artículo 1.413 debe interpretarse restrictivamente; pero ello no es razón suficiente para estimar que únicamente se refiera a enajenaciones o gravámenes excluyendo de su esfera de aplicación otros actos, que, si efectivamente son actos de disposición, están categóricamente incluido en la expresión legal. Precisamente el hecho de que se haya escogido un concepto más comprensivo en contraste con otros preceptos del Código y también con lo que dice el primer párrafo del propio artículo, pone de relieve, a nuestro juicio, que la nueva ley ha querido que el marido cuente con el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para todo acto de disposición, aunque éste no sea precisamente una enajenación o un gravamen.

Tampoco creemos que el acto de disposición del artículo 1.413 tenga que entenderse en el sentido de negocio de disposición. Entre las posibles acepciones de una expresión de la ley debe elegirse, a nuestro modo de ver, la que esté más de acuerdo con la «*ratio iuris*» del precepto que la utiliza y con las particularidades de su contenido normativo. Si por acto de disposición hemos de entender, en el artículo 1.413, negocio de disposición, quedarán afectados por las nuevas limitaciones actos que no trascienden de la potestad de administrar o que son consecuencia del ejercicio por el marido de otras facultades que le competen y que no le están limitadas, o, finalmente, actos que objetivamente no son susceptibles de perjudicar los intereses de la mujer. Y por el contrario, escaparían a la actuación del consentimiento «uxoris» o de la autorización judicial actos peligrosos para los intereses de la mujer y que estarían sujetos a dichas restricciones de estimar que acto de disposición significa acto de riguroso dominio. A lo largo de las páginas que siguen tendremos ocasión de comprobar la exactitud de estas afirmaciones que ahora formulamos con carácter un tanto general y abstracto.

2.º En la duda sobre si un acto debe o no considerarse acto de disposición (en el sentido de acto de riguroso dominio), debe sostenerse que el marido está facultado para realizarlo. Abonan esta solución el criterio restrictivo que debe presidir la interpre-

tación del nuevo artículo 1.413 y la consideración de que el marido sigue siendo el administrador de la sociedad conyugal, con amplias facultades, y el representante legal de su mujer.

El Código civil no define de una manera general el acto de disposición o de riguroso dominio, a pesar de que el concepto está expresamente aludido en el artículo 1.713. El segundo párrafo de este precepto contiene únicamente una enumeración «ad exemplum» de los actos de disposición más importantes. Sin embargo, como la nota característica de los actos a que se refiere el artículo 1.713, es la de afectar, de modo directo y principal, a la existencia, la individualidad o el valor de un elemento del patrimonio, puede aceptarse que ese es el dato esencial para calificar un acto como de riguroso dominio, siempre, claro es, que no se trate de actos referentes a bienes que por su naturaleza deban ser enajenados para obtener de otros (de los que constituyen el producto) su redimiento normal. Las limitaciones que la ley impone a quienes ostentan un poder legal (por su origen o por su contenido) de administración de bienes ajenos se refieren generalmente a los que son elementos estables del patrimonio, regulándose las facultades del administrador en función del destino económico de los bienes.

Puede ser un buen criterio para contrastar si un acto debe o no ser considerado acto de disposición, distinguir entre actos normalmente permitidos a las personas que ostentan la administración legal de bienes ajenos, o a sujetos con capacidad limitada, y actos que no pueden realizar, o para cuya realización necesitan cumplir requisitos que constituyen una especial garantía para el administrado. Hay actos que, por lo general, pueden realizar todos aquellos que administran bienes ajenos o quienes tienen su capacidad limitada, actos que ninguno de ellos puede llevar a cabo (salvo que se cumplan ciertos requisitos), y actos que se permiten a unos pero no a otros. Los del primer grupo son los actos típicos de administración y los del segundo los que la ley considera, sin género de dudas, actos de disposición o de riguroso dominio. Finalmente, los actos del tercer grupo pueden, a su vez, ser subclásificados en dos especies distintas. En una tenemos aquellos que por sus características, su contenido y su finalidad tienen una trascendencia patrimonial que los aproxima a los actos típicamente dispositivos. Los actos de esta naturaleza son verdaderos actos de disposición, y aunque excepcionalmente pueda realizarlos algún administrador de bienes ajenos o alguna persona con capacidad limitada, ello no es razón para sostener que también pueda otorgarlos el marido por sí solo. En cambio hay otros actos que si bien no pueden llevar a cabo todos los que ostentan la administración de patrimonios ajenos o personas con capacidad limitada porque su gravedad e importancia son mayores que la que revisten los actos de simple u ordinaria administración, su finalidad es en realidad idéntica a la de los actos administrativos o conservativos. Son los que

siguiendo a BETTI (144), podemos llamar actos de extraordinaria administración, y que este autor contrapone a los de administración excepcional (equivalente a lo que nosotros llamamos actos de disposición o de riguroso dominio). Los actos de administración extraordinaria podrán ser, a nuestro juicio, otorgados por el marido. El nuevo artículo 1.413 no puede ser extensivamente interpretado, por lo que sólo comprende los que claramente sean actos de riguroso dominio.

Finalmente conviene advertir que quizás la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio no sea exhaustiva. Es decir, no todo acto jurídico patrimonial tiene necesariamente que encajar en alguna de esas dos categorías. Hay actos que desde el punto de vista de la contraposición entre administración y disposición son en cierto modo neutros. Estos actos no implican, generalmente, peligro de lesión para los intereses de la mujer, y debe estimarse que el marido está legitimado para otorgarlos en función de sus amplias potestades de gestión y representación.

3.- Los actos de disposición frente a los cuales puede la mujer reaccionar eficazmente, de haberlos realizado el marido sin su consentimiento o sin autorización judicial, son aquellos que consistan en negocios jurídicos (145).

Sin embargo, y como anteriormente indicábamos, hay actos de disposición que no son negocios jurídicos. Son las que pueden llamarse disposiciones de hecho que entrañan también un acto de riguroso dominio y que sólo puede realizar quien tenga la plenitud del poder dispositivo. Es evidente que el marido, a través de disposiciones de hecho, puede perjudicar gravemente los intereses comunes, sin realizar ningún negocio jurídico, transformando o alterando esencialmente la identidad o el destino económico de una finca o de un establecimiento mercantil o explotando uno u otro de forma consumativa y exorbitante.

Pero ¿qué acciones puede esgrimir la mujer frente a estos actos de riguroso dominio que no consistan en negocios jurídicos? El principio, sancionado por el último párrafo del artículo 1.413, de que no perjudicarán a la mujer los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código, permite a aquella considerar ineficaces los negocios jurídicos de disposición que su marido haya realizado sin su consentimiento y sin autorización del Juez, negocios que adolecerán de un requisito exigido por la ley, lo que les convierte en impugnables o claudicantes. Incluso se

(144) *Ob. cit.*, pág. 216.

(145) Esto no quiere decir que todo negocio jurídico de disposición que se refiera a un inmueble o a un establecimiento mercantil requiera el consentimiento de la mujer. Sólo será preciso cumplir esta exigencia cuando el negocio entrañe un verdadero acto de riguroso dominio, lo que, según hemos puesto de relieve en el texto, no siempre ocurre, aunque sea lo frecuente.

puede admitir la impugnación de aquellos negocios jurídicos que, sin ser negocios de disposición en sentido estricto, sean, sin embargo, el instrumento a través del cual se opere una verdadera disposición de hecho (146). Pero frente a las disposiciones de hecho que no tengan su inmediato y directo reflejo en negocios jurídicos falla totalmente el mecanismo de la impugnación. Posiblemente, y en función de lo que establece el último párrafo del artículo 1.413, pueda reclamar la mujer una indemnización por los daños ocasionados a la sociedad a consecuencia de disposiciones de hecho no autorizadas. Pero esta solución sólo es posible prescindiendo de la al parecer obligada conexión entre el último párrafo del artículo 1.413 y el segundo del 1.419 (que se refiere a donaciones y enajenaciones) y tampoco con ella se consiguen resultados suficientemente satisfactorios desde el punto de vista de los intereses de la mujer. Para evitar que ésta tenga que conformarse con reclamar en su día una eventual indemnización, y para impedir que la disposición de hecho se consume, o para conseguir que las cosas vuelvan a su primitivo estado, vigente la sociedad, no cabe otro camino que permitir a la mujer solicitar del Juez aquellas medidas que sean del caso y que permitan conjurar o remediar el daño. Se trataría, en suma, de extender la intervención cautelar del Juez, prevista en el segundo párrafo del nuevo artículo 1.413, a bienes de los comprendidos en el párrafo primero. Si la ley, aun tratándose de actos que el marido puede realizar sin el consentimiento de su mujer, no quiere dejar a ésta indefensa y le permite acudir a la autoridad judicial para impedir que el marido abuse de sus facultades, es razonable entender que quepa acudir al mismo recurso respecto de actos en los que debería haber mediado aquél consentimiento, y frente a los cuales, dada su especial naturaleza, no cabe el ejercicio de una acción de impugnación. Con todo no parece fácil que esta solución llegue a prosperar. De una parte milita en contra de ella el criterio necesariamente restrictivo que debe presidir la interpretación del nuevo artículo 1.413. De otra no resulta fácil prever cuáles habrían de ser las medidas susceptibles de ser adoptadas por el Juez. La única realmente eficaz, que sería transferir a la mujer la administración del bien o bienes amenazados, choca, a nuestro juicio, con el inconveniente, posiblemente insuperable, de que el Código civil sólo permite que se transfiera a la mujer la administración de la sociedad conyugal en supuestos taxativamente determinados.

Pero que no quepa una actuación inmediata de la mujer contra ciertos actos de riguroso dominio realizados por el marido sin su consentimiento, no es razón para negar que la expresión «actos

(146) Por ejemplo, un arrendamiento que sin ser inscribible ni exceder su duración de seis años conceda al arrendatario facultades excepcionales y extraordinarias en orden al destino, aprovechamiento o identidad de los bienes arrendados, de tal forma que la actuación del arrendatario afecte, o pueda afectar, a la sustancia de aquellos bienes.

de disposición» haya sido empleada por el artículo 1.413 en aquel sentido. Sólo entendiéndola así es posible interpretar de forma racional el precepto y matizar, en los casos dudosos, si el acto que pretende llevar a cabo el marido está o no afectado por las nuevas limitaciones.

## II

*Actos de disposición sobre bienes inmuebles*

El nuevo artículo 1.413 habla de actos de disposición sobre *bienes inmuebles*. El precepto no se refiere únicamente a fincas sino genéricamente a inmuebles, por lo que comprende todos los bienes que enumera el artículo 334 del Código civil. Ello suscita este interrogante: ¿necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial para disponer, en todo caso, de cualquiera de los elementos comprendidos en el artículo 334 del C. c.? (147). El problema tiene especial interés respecto de los bienes que no son inmuebles por naturaleza, sino por su incorporación o unión (física o económica) a un inmueble propiamente dicho.

La doctrina enseña que es efecto derivado de que una cosa sea parte integrante o pertenencia de otra el que las disposiciones jurídicas que tengan por objeto la cosa principal se extiendan, naturalmente, a las partes integrantes y a las pertenencias (admitiéndose, al menos respecto de las pertenencias, el pacto en contrario) Pero aquí lo que nos interesa saber es si quien no tiene capacidad o legitimación suficiente para disponer de bienes inmuebles puede romper la conexión entre parte integrante o pertenencia y cosa principal para disponer separadamente de las primeras convertidas ya en bien mueble (148).

La cuestión planteada debe resolverse, en primer lugar, en función del concepto acto de disposición. Sólo los actos de riguroso dominio requieren el consentimiento de la mujer o autorización judicial. Pero la facultad de administrar continúa conferida exclusivamente al marido. Por consiguiente, si el ejercicio normal de aquella facultad implica la realización de negocios de disposición es menester entender que el marido puede otorgar esos negocios por sí solo. De lo contrario resultaría también limitada la potestad de administrar confiada al marido, con lo que vendría a ser aplicada extensivamente la restricción contenida en el inciso fi-

(147) Discrepamos de RODRÍGUEZ ADRADOS cuando dice (*Ob. cit.*, página 192) que el artículo 1.413 apenas plantea problemas en este sentido.

(148) El problema tiene cierto parentesco con el que se refiere a la sujeción de las partes integrantes o de las pertenencias de una finca al gravamen real que pesa sobre ella en caso de alejamiento y enajenación, o solamente alejamiento, de aquéllas, cuestión que está casi inédita en nuestra doctrina.

nal del primer párrafo del artículo 1.413, lo cual, según antes dijimos, no es admisible, ya que ninguna restricción debe ser extensivamente interpretada. Por ello decíamos que el concepto «acto de disposición» empleado por el artículo 1.413 hay que entenderlo en el sentido de acto antitético al de administración, es decir, como acto de riguroso dominio y no como negocio de disposición.

De ahí resulta que, a pesar de ser inmuebles los frutos mientras estén unidos a la tierra (cfr. n.º 2 del art. 334 del C. c.) el marido podrá disponer de los mismos, pues la enajenación de los frutos es acto que pertenece a la esfera de la administración, incluso, aunque los frutos se encuentren pendientes cuando la enajenación se realice, pues el ciclo normal de la explotación de una finca culmina en la conversión en dinero de sus productos. Paralelamente los árboles o minerales que con arreglo al plan de explotación o laboreo del bosque, mina o yacimiento, deban reputarse frutos o rendimientos normales del inmueble podrán ser enajenados por el marido. Finalmente también creemos que por ser acto administrativo debe estimarse permitida la enajenación de la maquinaria o utillaje (cfr. párrafo 5.º del art. 334) que sea consecuencia de su normal renovación.

El sentido que hay que dar al concepto acto de disposición, nos resuelve, pues, en parte, el problema planteado. Pero ¿qué ocurre cuando la enajenación de una parte integrante o de una pertenencia, o sea de alguno de los elementos comprendidos en el artículo 334 del Código civil, no pueda considerarse acto de simple administración? La cuestión no ofrece dudas cuando lo enajenado, no obstante su separación (material o formal), continúa siendo inmueble. Se vende, por ejemplo, una parcela de terreno o un piso, previa su segregación de la finca matriz. Es evidente que tal enajenación no puede realizarla el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial. Las dudas pueden suscitarse si lo enajenado ha devenido mueble con la separación (alejamiento) de la finca, separación que puede ser anterior, simultánea, o posterior a la enajenación.

Si la enajenación se realiza cuando la parte integrante o la pertenencia aún está unida a la finca parece que podrá ser impugnada por la mujer, caso de haberse llegado a cabo sin su consentimiento o autorización judicial. Puesto que según el artículo 346 *cuando por disposición de la ley* se use la expresión bienes inmuebles hay que entender comprendidos en ella los enumerados por el artículo 334 se debe concluir que si la propia ley exige determinados requisitos para disponer de inmuebles la necesidad de cumplir dichos requisitos se extiende a la disposición de los llamados inmuebles por incorporación o por destino, salvo que el negocio entre claramente en la órbita de los actos de administración. Para que cese la inmovilización de la pertenencia o de la parte integrante (o para que una u otra pierdan su carácter de tal, si se prescinde de la ficción que la inmovilización representa) se hace necesario que se

rompa de hecho su conexión con la cosa principal. La doctrina estima esencial el alejamiento (se entiende que ha de ser duradero, es decir, realizarse con carácter de separación definitiva) para que la cosa deje de ser pertenencia o parte integrante (149). Si el alejamiento no ha tenido lugar cuando la enajenación se realiza, el objeto del negocio es aún inmueble. Aunque la enajenación (disposición) sólo quede completa con la tradición (que normalmente implicará la separación), se inicia con el contrato causal (en el que radica la energía transmisiva); el cual se celebra *antes* de la separación. Como el alejamiento ha de ser (definitivo) no basta, a nuestro juicio, la simple separación, previa a la enajenación, para que ésta pueda ser realizada unilateralmente por el marido, ya que en tales casos el alejamiento (como verdadero alejamiento, es decir, como alejamiento definitivo) sólo se producirá como consecuencia de la enajenación misma (150).

Si la conexión entre parte integrante o pertenencia y cosa principal ha quedado rota, con carácter definitivo, antes de la enajenación e independientemente de ella, ya no es inmueble el objeto del negocio y, por lo tanto, no parece que el marido precise el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para enajenar lo que *fue* inmueble pero que ya no lo es. La ruptura definitiva de la relación de hecho puede haber tenido lugar a causa de un acontecimiento fortuito (por ejemplo, ruina del edificio, árboles tronchados o caídos por accidente etc.) o a consecuencia de un acto del marido. En el primer caso no cabe duda, a nuestro juicio, de que la enajenación que realice el marido sin contar con su mujer será plenamente válida. En el segundo caso la cuestión es menos clara, pero nosotros nos inclinamos también por la afirmativa. Aunque la separación definitiva es un acto que excede de la simple administración (157) no será la enajenación sino la separación (por hipótesis independiente de ella) lo que habrá constituido una extralimitación del marido. En consecuencia, la enajenación será válida y el problema se desplaza hacia la cuestión de si la mujer tiene o no alguna defensa eficaz frente a actos de disposición del marido que no sean negocios jurídicos (disposiciones de hecho), punto éste al que ya aludimos anteriormente.

Además de las fincas, y de los llamados inmuebles por incorpo-

(149) Cfr. BARASSI: *I diritti reali nel nuovo Codice civile italiano*, pág. 257; WOLFF, en el Tratado de ENNECCERS, III-2.<sup>o</sup>, págs. 211 y sigs.

(150) En el Derecho alemán las partes integrantes y las pertenencias separadas y enajenadas antes del secuestro quedan libres de la hipoteca aunque el alejamiento (definitivo) sea la consecuencia y no el antecedente de la enajenación. Pero como en nuestro caso la cuestión es si la enajenación se refiere o no a un inmueble parece evidente que el alejamiento ha de ser previo a la enajenación para que la misma sea válida.

(151) La calificación del acto de separación de las pertenencias no es clara. BARASSI (*Ob. cit.*, pág. 258) cree que es un acto distinto del negocio jurídico propiamente dicho y sitúa el supuesto en la misma línea conceptual que la derroclación o desocupación. WOLFF (*Ob. cit.*, pág.

ración o por destino, son también inmuebles, y por lo tanto, están alcanzados por la nueva exigencia del consentimiento *ulterioris* o la autorización judicial, los derechos reales inmobiliarios y las concesiones administrativas de obras públicas (cfr. art. 334 n.<sup>º</sup> 10). Los únicos problemas que se suscitan en relación con estos elementos patrimoniales son los que pueda plantear la propia calificación de un derecho determinado como derecho real o por la necesidad de hacer compatible la disposición con las potestades generales del marido. Pero se trata de supuestos concretos que serán examinados en su momento oportuno.

En cambio, tiene carácter más general la calificación jurídica del buque para saber si el marido puede disponer de los buques que sean gananciales sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Según el artículo 585 del Código de comercio, el buque tiene la consideración de bien mueble, y aunque el propio precepto hace la salvedad de que «no se hiciere modificación o restricción por los preceptos de este Código», como ningún artículo del expresado cuerpo legal exige para enajenar el buque una capacidad especial ni concretamente la requerida para disponer de bienes inmuebles, la conclusión que ha de obtenerse de todo ello en relación con nuestro tema, es la de que el marido podrá disponer de los buques gananciales sin el consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Con una excepción: la hipoteca, por cuanto que a efectos de su hipotecabilidad el buque es considerado como inmueble (art. 1.<sup>º</sup> de la Ley de Hipoteca Naval), y porque según el artículo 4.<sup>º</sup> de dicha Ley sólo podrán constituir hipoteca sobre el buque los que tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla se hallen autorizados con arreglo a las leyes.

En base de estos preceptos, y sobre todo por la equiparación del buque a los inmuebles desde el punto de vista de la hipoteca, la doctrina ha estimado, aunque haciendo notar la anomalía, que la capacidad necesaria para hipotecar buques es más rigurosa que la exigida para enajenarlos (152). Esta solución implica un manifiesto contrasentido. No es lógico que quien puede lo más (vender, enajenar, en general,) no pueda lo menos hipotecar. Certo

gina 214), estima que se trata de un acto real para el que está capacitado todo el que se halle en situación de emplear la cosa al servicio económico del fondo. Puede, pues, ser realizada por el usufructuario o arrendatario y no requiere, a su juicio, capacidad de obrar.

(152) Así el menor emancipado, el padre en el ejercicio de la patria potestad o la mujer como administradora de la sociedad conyugal en los casos del artículo 1.441, podrán vender buques del emancipado, del hijo menor o de la sociedad conyugal, pero no hipotecarlos. En otros supuestos la anomalía no se produce porque la naturaleza—mueble o inmueble—del buque no influye en los requisitos exigidos para su enajenación o gravamen. El tutor o el representante del ausente necesitan autorización del Consejo de familia o del Juez lo mismo para enajenar un buque del pupilo o ausente que para hipotecarlo, ya que dichas autorizaciones se exigen para enajenaciones o gravámenes, tanto de bienes inmuebles como de bienes muebles.

que en materia de representación voluntaria la Dirección General de los Registros (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 1898 y 20 de marzo de 1899) ha llegado a un resultado similar fundándose en una interpretación rigorista de los artículos 1.713 del Código civil y 139 (antes 140) de la Ley Hipotecaria, que exigen poder especial para hipotecar, por lo que no permite que el apoderado facultado para vender pueda constituir hipotecas. Pero esta solución, que en tema de representación voluntaria tiene cierta justificación, carece de precedentes en el campo de la capacidad, o de la legitimación fundada en potestades legales. Sin excepción, quien tiene capacidad para enajenar inmuebles tiene capacidad para hipotecarlos. Paralelamente la limitación de la capacidad o la restricción del poder dispositivo en cuanto a la constitución de hipotecas no es más que un reflejo o consecuencia de una limitación o restricción más general referida a la enajenación de inmuebles. Es decir, quien tiene capacidad o está facultado por la ley para enajenar un bien tiene capacidad o potestad para hipotecarlo, y viceversa, quien no puede hipotecarlo es porque tampoco lo puede enajenar.

La fuerza de las razones en virtud de las cuales se sostiene que hay personas que pueden enajenar buques pero que no pueden, sin embargo, hipotecarlos es, a nuestro juicio, más aparente que real. La razón por la que el buque, a efectos de la hipoteca naval, se reputa inmueble es clara. Se trata de soslayar la dificultad que brota de la regla tradicional según la cual sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca, criterio que cuando se promulgó la Ley de Hipoteca Naval estaba vigente en nuestro derecho, pero qué hoy ha sido superado al proclamarse que el tipo de garantía real sin desplazamiento (hipoteca) o con desplazamiento (prenda) no depende de la naturaleza mueble o inmueble del objeto de la garantía sino de su aptitud para acomodarse a un régimen de registro como instrumento adecuado de publicidad material y formal, aptitud que es característica de los inmuebles pero no exclusiva de ellos, pues también la tienen ciertas clases de muebles, entre los que se cuenta, en primer lugar, el buque (153). Establecida cuál es la verdadera razón de la immobilización del buque, no parece admisible llevar las consecuencias de esa immobilización, decretada por el artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley de Hipoteca Naval, más allá de lo que exige la *ratio juris* de esa norma. El fundamento legal de la immobilización no es otro que el de permitir que el buque, no obstante su naturaleza mueble, pueda ser objeto de una garantía real (con derecho de persecución pues) sin desplazamiento posesorio (hipoteca) sustituyendo la posesión por el Registro como instrumento de publicidad. Pero el logro de este fin—único que persigue la in-

(153) La llamada prenda sin desplazamiento, establecida para ciertas clases de muebles (no registrables) es una figura híbrida que no constituye garantía general propiamente dicha, pues de falta uno de los elementos esenciales, el derecho de persecución.

mobilización, que en definitiva es una ficción—no postula la total equiparación del buque a un inmueble, ni menos aún obliga a exigir una capacidad para hipotecar buques especial y distinta de la que se necesita para su enajenación, en general. Precisado cuál es el significado y el alcance de la declaración legal que atribuye a los buques la consideración de inmuebles «al solo efecto» de ser objeto de hipoteca (cfr. art. 1.<sup>º</sup> de la Ley de Hipoteca Naval) pude y debe ser interpretado el artículo 4.<sup>º</sup> de dicha ley sin el prejuicio de que la libre disposición que exige en el hipotecante es la de sus bienes inmuebles, sino que basta que tenga la *libre disposición del buque* para que pueda imponer hipotecas sobre él. Es decir, quien tenga capacidad o poder legal para enajenar el buque tendrá la libre disposición del mismo y, por lo tanto, cumplirá el requisito exigido por el artículo 4.<sup>º</sup> de la Ley.

Puesto que el buque es mueble, el marido podrá enajenar a título oneroso, sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial, las naves que tengan carácter ganancial, y si ello es así se debe estimar que dentro de la potestad general de disposición está comprendida la facultad de hipotecar, supuesto que, según hemos visto, no tiene sólido fundamento el criterio contrario.

Ahora bien, aunque en términos de riguroso derecho positivo no es posible sostener que se requiera para enajenar buques una capacidad distinta que la exigida para la enajenación de cualesquiera otros bienes muebles, fuerza es admitir que sería más razonable exigir la capacidad que se precisa para otorgar actos de disposición sobre bienes inmuebles. En realidad el buque, aunque es mueble físicamente, por su importancia económica, porque generalmente constituye un elemento estable del patrimonio, y porque dadas sus especiales condiciones se adapta bien a las normas que rigen el tráfico inmobiliario, debe merecer un tratamiento jurídico similar o próximo al de los inmuebles.

Respecto de los buques pertenecientes a la sociedad de gananciales quizá podría apuntarse una distinción fundada en el destino del buque. Si el marido (o la mujer) son navieros, es decir, explotan comercialmente sus propios barcos, éstos pueden considerarse «establecimiento mercantil». Parece claro que el buque destinado al tráfico mercantil constituye en sí un establecimiento (154), o al menos, uno de los elementos básicos de la empresa o establecimiento naval. Si la explotación mercantil de los buques corresponde a otras personas (el marido o la mujer no son armadores de sus barcos sino que han cedido su uso a una persona o entidad naviera), o si se trata de embarcaciones no destinadas al comercio marítimo (por ejemplo, buques de recreo), no hay ya posibilidad de asimilar el buque al establecimiento mercantil y, por

---

(154) Especialmente si se tiene en cuenta la autonomía patrimonial relativa del buque y el hecho de que, como dice GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, tomo II-2, pág. 658), cada viaje constituye una empresa especial y distinta.

tanto, aunque esta asimilación se estime posible, el marido podrá realizar, sin contar con su mujer, actos de disposición sobre ellos.

Hechas estas consideraciones generales pasemos a examinar, en concreto, cuáles son los actos relativos a inmuebles para los cuales necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial.

A) *Actos de disposición sobre fincas.*

a) *Actos de enajenación.*

á) *Ventas y permutas:*

Tanto la venta como la permuta de fincas son típicos actos de posición, y en consecuencia no hay duda de que están incluidos entre los actos para los que el artículo 1.413 exige el consentimiento «uxoris». El riesgo que representa para los intereses de la mujer es evidente, y aunque se acusa más en la venta, puesto que en ella la contrapartida que se recibe es dinero que el marido puede gastarse sin permiso de su mujer, no deja de darse también en la permuta, pues un intercambio de fincas puede resultar una mala operación, lesiva para la sociedad de gananciales, y, por ende, perjudicial para la mujer.

Desde el punto de vista legislativo, es lógico que la permuta y sobre todo la venta de fincas estén sujetas a la necesidad de la licencia uxoria. Pero sin discutir el fundamento del sistema legal y aun dándolo por bueno se podría haber distinguido entre lo que cabe llamar propiedad mobiliaria estable y la inestable. Para el que de modo habitual se dedica a la adquisición o construcción de casas para su venta (generalmente por pisos) o a la adquisición de terrenos para su repartelación y enajenación, el inmueble adquirido o construido es *económicamente* una mercancía. El derecho italiano, anticipándose al de otros países, admitió, desde hace tiempo, que los inmuebles pueden ser mercaderías y en verdad, como demuestra BOLAFIO (155), las razones esgrimidas en contra de este criterio responden más al peso de la tradición que a dificultades insoslayables determinadas por la naturaleza peculiar de los inmuebles, por lo cual, hoy puede ser superado el brocardo «meritis appellatio ad res mobilis tantum pertinet». Entre nosotros, GARRIGUES (156) considera nota esencial del concepto legal de mercadería su carácter mueble. Sin embargo, el argumento principal esgrimido en este sentido, que es la definición de la compraventa mercantil contenida en el artículo 325 del Código de comercio, no parece totalmente decisivo por cuanto que el propio autor, al ocuparse de aquel contrato (157), sostiene que puede haber, en nues-

(155) *Derecho comercial, Parte General*, I, pág. 315 y sigs., de la traducción española de VITERBO y SENTIS MELENDO.

(156) *Tratado de Derecho mercantil*, I-1.<sup>o</sup>, págs. 241 y sigs.

(157) *Curso de Derecho mercantil*, II-1, pág. 130.

tro derecho, compraventas mercantiles de inmuebles, y en el mismo sentido se manifiesta URIA (158). Por nuestra parte, y sin entrar a discutir si el derecho español admite o no compraventas mercantiles que tengan por objeto un inmueble, y aun dando por resuelto el problema en sentido afirmativo, no nos parece fácil que, desde el punto de vista del artículo 1.413 del Código civil, quepa hacer una distinción entre los que se podrían llamar «inmuebles civiles» y los inmuebles «mercantiles», o inmuebles «mercadería». Aunque la venta de un inmueble reuniese (salvo en lo que al objeto se refiere) los requisitos del artículo 325 del Código de comercio, y, aunque pertenezca a la serie que profesional y habitualmente realice el vendedor, la calificación del acto como mercantil no bastaría, probablemente, para resolver el problema. El Código de comercio no contiene normas especiales, divergentes de las civiles, en tema de capacidad o de legitimación, para llevar a efecto el contrato de compraventa. Por otra parte, tampoco es fácil ver solamente en la enajenación de estos inmuebles un acto de administración referido al establecimiento o empresa mercantil del constructor o vendedor y que haya que distinguir del acto de disposición sobre establecimiento mismo. En el negocio de especulación de fincas éstas tienen una importancia fundamental. Si las mismas se enajanen y el importe de la enajenación no se reinvierte en otros inmuebles, el establecimiento mercantil desaparece prácticamente. Ciertamente, se puede distinguir también en este tipo de negocios entre la empresa y los inmuebles, si por empresa entendemos, siguiendo a URIA (159), la actividad del empresario, y por establecimiento mercantil, el conjunto de bienes y servicios por él coordinados y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa. Aceptada esta distinción tenemos, que lo que puede ser objeto de tráfico jurídico, y, por consiguiente, a lo que puede referirse la limitación del artículo 1.413 como por otra parte resulta de la dicción del precepto, es el establecimiento y no a la empresa (entendido el concepto como actividad); pero en el negocio de especulación sobre fincas, la mercadería, o sea, el inmueble, es, a diferencia de que ocurre en otros negocios, casi todo el establecimiento, el elemento que tiene valor fundamental, y cuya desaparición acarrea prácticamente la del establecimiento mismo. Por eso, entendemos que no puede admitirse aquí la distinción entre actos de disposición sobre el establecimiento propiamente dicho, y el negocio de disposición de la mercadería (que desde el punto de vista del establecimiento es simple acto de administración), al efecto de entender que la venta de inmuebles adquiridos para su venta con lucro, es un acto que el marido pueda hacer sin autorización de su mujer. La distinción entre la propiedad inmueble estable y la adquirida con fines de

(158) *Derecho mercantil*, págs. 33-38.(159) *Ob. cit.*, pág. 25.

especulación pudo (y probablemente debió) formularla el legislador, pero no creemos que pueda establecerla el intérprete tal como está concebido el artículo 1.413.

La regla general es, por consiguiente, que el marido para ventas y permutas de inmuebles gananciales necesita el consentimiento de su mujer. Sin embargo, esta regla general tiene, a nuestro juicio, excepciones, que se dan en las que se pueden llamar ventas forzosas. Examinemos los diferentes supuestos que encajan dentro de esta denominación.

*Venta en ejecución de un contrato de promesa de venta.* La promesa de venta, desde el punto de vista del nuevo artículo 1.413, plantea un doble problema. En primer término, el de saber si la promesa requiere, para su eficacia, el consentimiento de la mujer, y en segundo lugar, el de averiguar si, en caso de que la mujer haya consentido la promesa, se necesita la renovación de dicho consentimiento cuando aquélla se consume.

A nuestro juicio, y cualquiera que sea la teoría que se profese sobre el tan discutido tema de la naturaleza jurídica del precontrato, las cuestiones planteadas deben resolverse sosteniendo que el consentimiento «uxoris» es necesario para la eficacia de la promesa, pero que una vez prestado no es necesaria la reiteración de dicho consentimiento, el cual no puede ser revocado.

Respecto del primer punto (exigibilidad del consentimiento «uxoris» para la validez de la promesa) está claro que la conformidad de la mujer del promitente vendedor será necesaria si identificamos el precontrato con el contrato principal y sostengamos que las acciones derivadas del supuesto contrato preliminar tienen por fin exigir la ejecución del contrato definitivo y no la celebración de un nuevo contrato (160). A igual conclusión es preciso llegar si nos adherimos a la novísima posición de CASTRO (161), quien configura el precontrato como un negocio por el cual una de las partes concede a la otra, o bien ambas se lo confieren recíprocamente, la facultad de perfeccionar un contrato por su sola voluntad, por cuanto al celebrarse el precontrato ha querido ya el precontratante quedar obligado contractualmente por el contrato proyectado si la otra parte así lo quiere y declara. Puesto que la venta—según esta tesis—queda perfeccionada, si más, por la declaración unilateral de la contraparte, de tal manera que la declaración inicial del promitente vendedor vale como declaración de voluntad de vender, es evidente que el precontrato presupone los mismos requisitos de capacidad y legitimación que el contrato definitivo.

En cambio, la solución, podría variar si aceptamos la tradicional postura consistente en diferenciar precontrato y contrato definitivo.

(160) Según la tesis patrocinada entre nosotros por ALGUER. Cfr. *Para la crítica del concepto de precontrato*, en «Revista de Derecho Privado», 1935 y 1936, págs. 321 a 338, 369 a 384, 417 a 434 y 1 a 15.

(161) *La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, IV, págs. 1113 y sigs.

tivo, entendiendo que el objeto del precontrato consiste en vincular a las partes a la celebración de un nuevo contrato (162). De acuerdo con esta orientación se ha sostenido (163), que para el precontrato basta la capacidad general para obligarse, y no la especial que pueda requerirse para el contrato prometido. Pero esta solución—que en términos generales consideramos inadmisible (164)—resulta de imposible aplicación a nuestro caso. Es evidente que el contrato definitivo no puede nacer como un contrato válido, a salvo de la posible impugnación por parte de la mujer del vendedor que no ha consentido la promesa, más que si la mujer consiente el contrato definitivo. Por consiguiente, aunque pensemos que la voluntad del promitente es susceptible de ser suplida por el órgano jurisdiccional, ocurrirá que el Juez no podrá «constituir» un contrato prescindiendo de un requisito exigido por el derecho positivo. Y aunque entendamos que el precontrato, si el promitente se niega a cumplirlo, no engendra más que el derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios (como piensan casi todos los autores que sostienen la distinción entre precontrato y contrato) no parece que pueda admitirse que el patrimonio ganancial haya de ser responsable de esa eventual indemnización. De serlo la mujer del promitente vendedor se encontraría en la alternativa de consentir el contrato o de exponer el patrimonio ganancial a un daño, con lo cual su libertad de aceptar u oponerse al acto de disposición del marido quedaría coartada, lo que sin duda es contrario al fin práctico perseguido por el legislador. La obligación (voluntaria) de realizar en el futuro un acto de disposición sobre un bien ganancial debe requerir igualmente el consentimiento de la mujer para ser válidamente contraída, pues, de lo contrario, la nueva exigencia legal devendría letra muerta, o cuando menos quedaría gravemente enervada la eficacia de la protección que la ley quiere conceder a la mujer. Ahora bien, si la mujer del promitente vendedor no ha consentido la promesa (pero tampoco la ha impugnado) y antes de que llegue el momento de celebrar el contrato definitivo (o antes de perfeccionarse o de consumarse éste, si admitimos las otras posturas doctrinales) el marido adquiere la propiedad exclusiva de la finca (por muerte de la mujer siendo el único heredero, o por adjudicación de la finca en la liquidación de la sociedad) la promesa queda convalidada. No olvidemos que

(162) Postura defendida en España por MORO LEDESMA, en *«Revista Crítica de Derecho Inmobiliario»*, 1934, págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336, 401-411, 481-494, 561-575, 651-660, y más recientemente por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Naturaleza y efectos de la promesa de contrato*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1950, IV, págs. 1383 y sigs. En igual sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cfr. sentencias de 9 de julio de 1940, 24 de abril de 1941, 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, etc.

(163) Cfr. MORO: *Ob. cit.*, pág. 566; CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo III, pág. 341.

(164) Cfr. CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 1173, nota 143.

la restricción impuesta a los poderes dispositivos del marido por el nuevo artículo 1.413 no constituye una limitación de la capacidad, sino que afecta a la esfera de la legitimación.

Con relación al segundo problema nosotros entendemos que consentida la promesa de venta por la mujer no se precisa la reiteración ulterior del consentimiento *uxoris*, el cual al dotar de plena eficacia el negocio inicialmente celebrado ha devenido irrevocable. No cabe duda de que si identificamos el precontrato con el contrato ulterior definitivo la renovación del consentimiento resulta manifiestamente improcedente. En cambio, distinguiendo nítidamente entre precontrato y contrato y a base de estimar que el objeto del precontrato es vincular a las partes a la celebración de un nuevo contrato, que requiere nuevo consentimiento, puede pensarse que la mujer, no obstante haber consentido la promesa, debe volver a consentir la venta. A nuestro juicio, sin embargo, y aunque se distinga entre precontrato y contrato, ello no obliga a exigir que la mujer, que ya consintió la promesa, vuelva a consentir la venta. Como antes pusimos de relieve, los actos de disposición sobre inmuebles gananciales no lo otorgan los dos cónyuges conjuntamente, sino que es el marido, titular—aunque con limitaciones—del poder de disposición, quien dispone, aunque la mujer pueda impugnar la disposición realizada sin su consentimiento. El consentimiento *uxoris* no forma parte de la declaración o declaraciones negociales que integran el negocio, si bien es un presupuesto (extraño al negocio mismo) de su completa eficacia. Por esto, conferida por la mujer al marido autorización para llevar a efecto un acto dispositivo, dicha autorización (165) no tiene que reiterarse cuando el negocio se celebra. En la autorización concedida para el otorgamiento de la promesa de venta está implícita (los contratos deben interpretarse de buena fe) la autorización para la venta definitiva. Esta autorización, lógicamente, debe ser irrevocable. Admitir su revocabilidad *ad nutum* equivaldría a dejar al arbitrio de la mujer la obligatoriedad de un vínculo contractual contraído con su conformidad. Ciertamente durante el tiempo que medie entre la celebración de la promesa y el otorgamiento de la venta definitiva pueden haber ocurrido circunstancias susceptibles de justificar el cambio de criterio de la mujer. Pero esto puede igualmente suceder, aunque no se trate de precontratos, siempre que entre la celebración del contrato y su ejecución medie un lapso de tiempo. Frente a los intereses de la mujer están los muy legítimos de la contraparte, que tiene derecho a saber a qué atenerse cuando contrata. Solamente en un supuesto entendemos que el consentimiento de la mujer, caso de que se haya concedido a la celebración de la promesa, podrá ser revocado. Nos referimos

---

(165) Que no es un poder de representación, según antes subrayábamos, puesto que la mujer, aunque afectada por el contrato, no asume el papel de parte en el negocio.

a la promesa unilateral de comprar, en la que, por lo tanto, el marido no se ha obligado a vender, y sí sólo la contraparte a comprar si así lo quiere el promitente vendedor. Desde luego, para concertar esta promesa, que no vincula al marido ni al patrimonio ganancial, no se requiere el consentimiento de la mujer. Por esa misma razón (no hay obligación del marido ni vinculación del patrimonio ganancial) la autorización que eventualmente haya podido conferir la mujer no tiene otro valor que la concedida para la celebración de una disposición en proyecto, y por ende debe seguir la regla general que, como vimos, postula la libre revocabilidad del consentimiento *uxoris*.

*Venta en ejecución de un contrato de opción.*—Se distingue, en general, el contrato de opción de la promesa unilateral de vender. Posiblemente ha influido en este punto de vista la escasa eficacia que se atribuye al precontrato (por quienes sostienen que el objeto de éste es vincular a las partes para la prestación de un nuevo consentimiento contractual que se estima incoercible e infungible), que contrasta con los mayores efectos que tanto la práctica como la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al contrato de opción.

La opción se ha construido como un derecho de formación que nace del contrato a favor del optante y que le permite, por su propia declaración de voluntad, dar vida a la relación jurídica que se proyecta (166) o como una compraventa sujeta a condición suspensiva (167). Para CASTRO (168) el contrato de opción (naturalmente la opción de compra) no se distingue de la promesa unilateral de vender, pero ya hemos indicado que CASTRO sostiene que el efecto de la promesa de venta no es el nacimiento de una supuesta obligación de vender posteriormente, sino que de ella nace para el aceptante de la promesa el derecho a exigir directamente el cumplimiento de la compraventa que ya ha sido querida por el promitente, a reserva, nada más, de que el aceptante decida llevarla a cabo.

Por consiguiente el marido no podrá conceder una opción de compra sobre un inmueble ganancial sin el consentimiento de su mujer, por cuanto que la venta quedará perfecta en virtud del ejercicio por parte del optante de su derecho de opción. Al concertar la opción el marido dispone ya, en realidad, de la finca, si bien la perfección del acto depende de la voluntad del optante (no de la suya). Por lo mismo consentida por la mujer la concesión del derecho de opción no es procedente la reiteración de ese consentimiento cuando la opción sea ejercitada.

*Transmisión de una finca vendida con pacto de retro. Transmisiones de fincas en virtud del ejercicio de un retracto legal.*—La compraventa con pacto de retro se caracteriza porque en ella se estipula en favor del vendedor el derecho a resolver la venta median-

(166) Cfr. MORO: *Ob. cit.*, págs. 330-31.

(167) Cfr. ROCA SASTRE: *Estudio de Derecho civil*, I, págs. 358 y 354.

(168) *Ob. cit.*, pág. 1167.

te la devolución del precio satisfecho por el comprador y los demás gastos que especifica en el artículo 1.518 del Código civil. El vendedor a retro es, pues, titular de un derecho a la readquisición de la finca, derecho éste que puede ejercitarse aun en contra de la voluntad del comprador.<sup>(169)</sup>

El retracto legal es el derecho que la ley confiere a determinadas personas para subrogarse en las mismas condiciones del comprador y adquirir la finca objeto de la compraventa en que se subroga. Prescindiendo de las dificultades prácticas que en algunos supuestos puede plantear este mecanismo de la subrogación (169) lo que está claro en el retracto legal es que el retrayente tiene derecho a adquirir la finca objeto del contrato, derecho que puede hacer efectivo aunque el retraido se oponga. Tenemos, por consiguiente, que tanto en el retracto convencional como en el legal la transmisión de la finca a favor del titular del retracto se opera en virtud de un derecho previo del retrayente que éste ha adquirido a consecuencia de una estipulación contractual o por ministerio de la ley. La transmisión a favor del retrayente, y esto aunque el retraido acceda al retracto, no tiene lugar, en realidad, en virtud de un negocio jurídico entre ambos, ya que el ejercicio legítimo del retracto basta, por sí mismo, para producir dicha transmisión. Como dice acertadamente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (170), el retracto convencional no crea en el comprador una obligación de retransmitir, sino que concede al vendedor un derecho para resolver la venta sin necesidad de que lo consentiera el comprador. Lo mismo cabe decir del retracto legal. Así pues, la sentencia que dé lugar al retracto no será una *sentencia constitutiva* (es decir, operante de la transmisión de la propiedad), sino declarativa (de la existencia y legítimo ejercicio de un derecho) y de condena por lo que afecta a la entrega de la finca objeto del retracto, y, si se quiere, también en cuanto al otorgamiento de la pertinente escritura en favor del retrayente.

Planteadas así las cosas, el consentimiento de la mujer, si el retraido accede al retracto, resulta, a primera vista por lo menos, innecesario, ya que lo que hay, como hemos dicho, es simple ejercicio de su derecho por el retrayente pero no un negocio de disposición entre retrayente y retraido. Y aunque se sostuviera la existencia de ese negocio se trataría de un acto debido por el sujeto pasivo del retracto, que tampoco precisaría (ver lo dicho más atrás) la licencia uxoria. Porque una cosa es que la disposición sea un acto debido a consecuencia de una obligación de realizarla voluntariamente asumida (como ocurre en la promesa de venta si aceptamos la construcción clásica del instituto), y otra muy diferente que tal obligación venga impuesta por la ley. En el primer

(169) Sobre este punto cfr. FICHA FAURA: *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 880 y sigs.

(170) *Ob. cit.*, pág. 138a.

caso el consentimiento de la mujer es exigible para contraer la obligación, y por eso, de no haberse obtenido oportunamente, lo requiere la disposición misma para ser plenamente eficaz, pues de lo contrario el nuevo artículo 1.413 sería letra muerta. En el segundo supuesto, en cambio, es decir, cuando la obligación de transmitir no tenga origen voluntario, el consentimiento *uxoris* resulta un requisito superfluo por inútil.

Con todo, y para calar a fondo en la entraña del problema, conviene examinar con atención cuál es la función del retraído cuando accede al retracto. A nuestro juicio, la aquiescencia del retraído al ejercicio del retracto no significa la realización de un negocio de disposición al que está obligado sino *el reconocimiento por su parte de que se han dado los requisitos necesarios para el nacimiento y legítimo ejercicio de aquel derecho*. De aquí se sigue que si dichos requisitos no se han cumplido el retraído podrá impugnar la transmisión, efecto del retracto, salvo que el reconocimiento haya tenido carácter transaccional, pues en tal caso las posibilidades de impugnación están notablemente cercenadas.

Planteada la cuestión en estos términos ya no es tan diáfano que el marido pueda acceder al ejercicio del retracto (sobre todo si se trata de un retracto legal) sin el consentimiento de su mujer. Si el reconocimiento de la pretensión del retrayente entraña una verdadera transacción el consentimiento de la mujer es necesario ya que, como veremos más adelante, el marido lo necesita para transigir sobre inmuebles gananciales. En otro caso, es decir, si el reconocimiento no ha tenido carácter transaccional, la cuestión es opinable. Para nosotros el reconocimiento de derechos, aunque en principio sea solamente una declaración de ciencia, debe ser tratada, en algunos aspectos, como declaración de voluntad. Debe exigirse la capacidad y el poder dispositivo necesarios para la disposición que tendría lugar realmente en el caso de no existir el derecho reconocido. De lo contrario, como después comprobaremos con más detenimiento, sería facilísimo vulnerar las normas que restringen la capacidad o limitan el poder dispositivo.

Sin embargo, y pese a estas consideraciones, nosotros creemos que no es ineludible el consentimiento *uxoris* para las transmisiones que tienen lugar cuando se ejerce el derecho de retracto convencional o legal. Hay que partir de esta base. Aunque el reconocimiento del marido pueda ser impugnado por la mujer es evidente que esta impugnación no prosperará si se demuestra que efectivamente concurrieron las circunstancias necesarias para la legítima actuación del retracto. Por lo tanto, siempre que estas circunstancias puedan demostrarse *a priori*, es decir, al tiempo de acceder a la pretensión del retrayente, no parece razonable exigir, a pesar de todo, la intervención de la mujer, pues el derecho de impugnación de ésta, ante una transmisión provocada por el ejercicio de un retracto, sólo existe *si efectivamente no se han dado aquellas circunstancias*. Así siempre será posible acreditar al No-

tario y al Registrador que realmente se han cumplido los requisitos necesarios para que prospere el retracto. Ambos funcionarios pueden *prima facie* dar por ciertos y demostrados aquellos requisitos siempre que se les aporte una justificación suficiente que, generalmente, no será difícil proporcionar. Tanto el Notario como el Registrador, sobre todo al calificar la capacidad y la legitimación de los otorgantes, tienen que emitir juicios sobre hechos que no les constan por evidencia inmediata y sensible. Estos juicios se estiman suficientes para fundar una presunción de legalidad. No vemos razones para que no haya de suceder lo mismo con relación al tema qué nos ocupa. Por otra parte, el Juez, si se acudiera a su mediación por no acceder la mujer al otorgamiento de la escritura, no podrá hacer más que constatar si aparentemente se dan los requisitos que hacen viable el retracto, pues una resolución firme sobre si el derecho del retrayente está o no fundado sólo puede recaer en el juicio correspondiente y no en el procedimiento especial regulado por el artículo 1.413 en el que ni siquiera es parte el presunto titular del retracto. El Juez no hará pues otra cosa que lo que igualmente puedan hacer el Notario y el Registrador. Si se le acredita que se dan los presupuestos del retracto tendrá, necesariamente, que conceder la autorización.

Comprobado que se dan las circunstancias que fundan el derecho del retrayente (lo que a nuestro juicio entra en las facultades de Notarios y Registradores) debe admitirse el reconocimiento del marido aunque no intervenga la mujer ni consienta la transmisión. Siempre podrá la esposa impugnar dicha transmisión demostrando que la justificación ofrecida no recogió la realidad de los hechos y que verdaderamente se consumó una transmisión voluntaria enmascarada bajo el ejercicio de un derecho de retracto. Pero la existencia de este riesgo, no demasiado grave ya que, generalmente, no ofrecerá grandes dificultades la demostración de que el retracto tenía plena viabilidad, no parece motivo suficiente para exigir que el retrayente, siempre que la mujer del retraido no quiera dar su consentimiento, entable el juicio correspondiente no obstante estar dispuesto el marido a acceder al retracto.

El retracto convencional, desde el punto de vista del consentimiento *uxoris*, puede plantear el problema de si ese consentimiento es necesario para el pacto que hace nacer el retracto. Este problema no tiene sentido, claro es, referido al retracto legal, ya que este derecho nace por ministerio de la ley.

En nuestra opinión, la solución del problema indicado depende de que el retracto convencional se estipule (como es usual) en la propia compraventa, o posteriormente, mediante un pacto independiente (posibilidad ésta a la que se refiere la S. de 6 de marzo de 1947). En el primer caso creemos que el retracto puede ser convenido por el comprador sin necesidad de que su mujer lo consienta. La estipulación del retracto es una condición de la compraventa, y si el marido puede comprar por cuenta de la sociedad

de gananciales y sin necesidad de que intervenga la mujer, parece lógico que pueda concertar las condiciones de la adquisición. El acto del marido es, en este caso, una consecuencia inmediatamente derivada del ejercicio de una facultad que legítimamente le compete y de la que puede hacer uso por si sólo. Por otra parte, el concepto del acto de disposición (en el sentido de acto de riguroso dominio) ha de matizarse no sólo en función de sus efectos jurídicos sino, además y como ya dijimos, considerando su significado económico con relación al patrimonio. En este sentido lo esencial para el patrimonio común, cuando el marido compra con pacto de retro, es el aspecto adquisitivo de la operación, y al efectuarse mediante ella una inversión que el marido puede realizar. Por el contrario, cuando el derecho de retracto se establece en un pacto posterior a la compraventa, el pacto tiene distinto significado. La finca ha entrado a formar parte definitivamente del patrimonio ganancial y la posibilidad de que salga de él se deriva de un negocio nuevo, que el marido concierta libremente y no como presupuesto de la adquisición. Es obligado, en este caso, el consentimiento de la mujer para que el retracto voluntario pueda estipularse con plena eficacia.

*Otras ventas forzosas.* —Nos referimos en este epígrafe a aquellos supuestos en que la transmisión de una finca ganancial tiene lugar al margen de la voluntad del marido, de tal manera que la intervención de éste (si llega a producirse) en el momento transmisor no tiene otro significado que el de acatar y reconocer la existencia de una potestad superior cuyo ejercicio es la causa determinante de la transmisión. Son los casos, por ejemplo, de expropiación forzosa, de ejercicio de un derecho legal de adquisición (que no pueda configurarse como retracto legal) o de transmisión decretada por el órgano jurisdiccional en un proceso de ejecución (cfr. arts. 1.514 y 922 de la Ley de Enjuiciamiento civil) que constituyen, como dice CARNELUTTI (171), una verdadera expropiación orientada a satisfacer el interés de quien ha obtenido el provvimiento jurisdiccional favorable.

En todos estos casos, a nuestro juicio, la intervención de la mujer es innecesaria e improcedente. En estas transmisiones o no hay verdadero acto de disposición, por cuanto que no hay una actividad volitiva dirigida libremente a la autorregulación de los propios intereses, o de haberlo, se trata de un acto que el titular de los bienes está obligado a realizar, de tal manera que si se niega a cumplirlo (si se niega, podemos decir, a colaborar facilitando las cosas) la transmisión se realiza por actuación directa de la potestad que ostenta el órgano público o la persona particular investida de aquella por la ley. El consentimiento *uxoris* es, por tanto, superfluo, ya que la mujer vendrá obligada a prestarlo, y, en cambio, su exigencia puede resultar entorpecedora y perjudicial.

(171) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 195.

Sin ánimo de agotar la materia nos detendremos en el estudio de alguno de los más importantes supuestos. Nos referimos, en primer lugar, por su gran trascendencia práctica, a la hipótesis de enajenación judicial de una finca ganancial embargada a la seguridad de obligaciones contraídas por el marido y que sean, legalmente, de cuenta de la sociedad de gananciales. Se refiere concretamente a dicha hipótesis el artículo 144 reformado del vigente Reglamento Hipotecario, que exige para que puedan anotarse los mandamientos de embargo sobre inmuebles presuntivamente gananciales (172), que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges, estableciendo, además, que llegado el momento de la enajenación de aquellos bienes, «se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil».

Tratando LA RICA (173) de justificar la solución adoptada por el artículo 144 del Reglamento dice que si el deudor enajena una finca ganancial, sea por propia voluntad, sea obligado por un apremio judicial o administrativo, resulta incuestionable que dispone de los bienes y que en tal acto de enajenación no debe permanecer ajena la mujer, sino que debe expresar también su consentimiento, bien directamente, bien mediante la representación del Juez o del Agente ejecutivo. Si así no fuera, si se estimara que en esta clase de enajenaciones no regía el artículo 1.413 del Código civil, las previsiones de éste y su finalidad protectora de la mujer serían fácilmente burladas, pues bastaría para ello con la simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes «convenidos» (174).

No estamos conformes con el criterio del Reglamento ni con la justificación ofrecida por LA RICA. La afirmación de este autor de que no hay por qué distinguir entre enajenaciones voluntarias y forzosas a los efectos de exigir para ellas el consentimiento *uxorius* nos parece inaceptable. En las llamadas enajenaciones forzosas —según antes expusimos— no hay verdaderamente acto (jurídico) de disposición, y aunque se estime lo contrario el consentimiento *uxorius*, para esta clase de enajenaciones, constituye un requisito superfluo. Ciertamente existe la posibilidad de que el marido haya simulado deudas para conseguir la enajenación de bienes gananciales sin intervención de la mujer, pero si tal sucede lo proceden-

(172) Por haber sido adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y estar inscritos a nombre de ambos cónyuges o a nombre del marido o de la mujer sin haberse probado la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición.

(173) *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, págs. 121 y sigs.

(174) LA RICA sólo exceptúa las enajenaciones forzosas efectuadas en virtud de ejecuciones hipotecarias consecuencia del procedimiento judicial sumario, en razón a que la hipoteca grava directamente los bienes, ya que el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley hipotecaria se proyecta sobre aquéllos de modo inmediato sin necesidad de ejercicio de acciones contra el deudor.

te es que la mujer impugne la transmisión mediante el ejercicio de las acciones pertinentes. Lo que no se puede hacer, y menos aún en el Reglamento hipotecario, es *precumir de hecho* la existencia de simulación en todo caso de enajenación forzosa provocada por el impago de deudas. Por otra parte, la protección de la mujer frente al riesgo denunciado sólo se obtiene, a través del procedimiento articulado por el Reglamento, de una manera muy indirecta y limitada, toda vez que aunque la demanda se dirija también contra ella, sus posibilidades quedan siempre supeditadas a la demostración de que se trata de una obligación simulada, prueba que casi nunca será fácil. Para haber dotado a la mujer de una protección verdaderamente eficaz hubiera sido necesario exigir también su consentimiento para la plena validez de las obligaciones contraídas por el marido (en cuanto éstas hubieran de afectar a los gananciales), pero a esto no ha querido llegar el legislador como evidencia el artículo 1.408-1, y e propio 1.413. La única finalidad, pues que puede atribuirse al artículo 144 del Reglamento es la de *facilitar a la mujer el conocimiento o noticia del procedimiento*, para así evitar que la presunta combinación fraudulenta pueda consumarse totalmente a sus espaldas.

Aun dando por supuesto que un simple Reglamento Hipotecario tenga competencia para meterse en estas honduras parece claro que el sistema empleado para cumplir aquel fin es exorbitante y excesivo y puede, paradójicamente, si no se procede a una rápida rectificación, resultar lesiva para los propios intereses de la mujer. Si de lo que se trataba (y no parece que pueda tratarse de otra cosa) era de poner en conocimiento de la mujer la existencia del procedimiento bastaba con exigir la previa notificación (a la esposa) del mandamiento de embargo para que pudiera practicarse la anotación primero, y procederse a la enajenación después. La Rica dice que si se prescinde de dirigir la demanda contra ambos cónyuges (175) esto supondría que hasta el momento del acto dispositivo—venta o adjudicación—, la mujer no tendría que aparecer en escena, y entonces las dificultades para obtener su consentimiento o representación serían enormes, casi insalvables. ¿Se obligaría al Juez o al Agente ejecutivo a hacer un requerimiento o, por lo menos, una notificación a la mujer del deudor? Esto sería muy complicado y requeriría la modificación de las leyes procesales y de los procedimientos ejecutivos para el cobro de las contribuciones. Uno se pregunta, qué grandes catástrofes pueden derivarse de que no se obtenga el consentimiento de la mujer en el otorgamiento de la escritura de venta forzosa. Volvemos a insistir. La intervención de la mujer en estas enajenaciones, mientras no se demuestre judicialmente la simulación de la obligación que

(175) Y no puede por menos de reconocer que el embargo es una actuación del acreedor que procura la efectividad de su crédito y que no tiene por qué dirigirse contra la esposa del deudor; a la cual puede desconocer.

ha dado lugar a la ejecución, es perfectamente inútil. Aunque la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges el Juez otorgará la escritura en rebeldía de la mujer si ésta no concurre a dar el inútil y superfluo consentimiento. Si lo que se pretende es que el Juez otorgue la escritura en nombre de ambos cónyuges (o sólo en el de la mujer si el marido concurre voluntariamente), comprendemos que LA RICA encuentre dificultades enormes para llegar a ese resultado si la demanda no se ha dirigido contra los dos esposos. Pero decimos nosotros, ¿qué falta hace que la escritura pública se otorgue por el Juez en nombre de los dos cónyuges? Solo preconceptos teóricos sobre la naturaleza del consentimiento *uxoris* (176) y quizás el fetichismo de la «titularidad o facultad de disposición registral» pueden justificar dicha exigencia que podría admitirse para satisfacción de los autores del Reglamento, sino fuera por las graves perturbaciones prácticas a que puede dar lugar su necesario presupuesto: la interposición de la demanda contra ambos cónyuges. La única razón que puede justificar el artículo 144 es el deseo de evitar que se consume una enajenación realmente voluntaria enmascarada por un procedimiento y una obligación simulados, sin que la mujer tenga conocimiento de uno y otra. Pero, repetimos, para conjurar este peligro bastaba la notificación a la mujer, previa a la anotación del mandamiento de embargo. Resultan, en verdad, un poco pintorescos los escrúpulos de LA RICA cuando se plantea la posibilidad de esta notificación, que él refiere a la fase final del procedimiento. ¿Es que no se violentan las leyes procesales y las sustantivas exigiendo que se dirija la demanda contra quien no es deudor? ¿Es ortodoxo, por ventura, que haya de dirigirse una demanda ejecutiva para pago de una cambial contra quien no ha firmado la letra ni como aceptante ni como avalista, librador o endosante? (177).

Resulta, además, que el artículo 144 del Reglamento está produciendo una grave perturbación práctica. Algunos Jueces se han negado a despachar ejecuciones fundadas en demandas dirigidas contra ambos cónyuges en virtud de obligaciones, formalizadas en título que lleva aparejada ejecución, asumidas únicamente por el marido. Y no les falta razón para ello. Prescindiendo de consideraciones formales parece bastante claro que si el Juez admite la demanda y despacha la ejecución contra los dos esposos el acreedor podrá tratar embargo, no sólo sobre los bienes del marido y las gananciales sino también sobre los bienes privativos de la mujer. Tendrá ésta que imponer una tercería (tercería un poco anó-

(176) Equivocados además, a nuestro juicio, si se piensa que el consentimiento *uxoris* significa la atribución coajunta de ambos cónyuges del poder de disposición.

(177) Se obliga al acreedor cambiario a realizar una pesquisa previa sobre el estado civil del aceptante (o del endosante o librador) y sobre el nombre, apellidos y domicilio de la esposa.

mala, formalmente, al menos, ya que si se ha admitido la demanda y se ha despachado ejecución es porque se la ha reconocido como deudora) si quiere liberar sus bienes en caso de que hayan sido trlabados por el embargo, con todas las molestias, gastos y dilaciones que un juicio de tercería lleva consigo (178). Como el escrito de los Jueces es justificado y como, por otra parte, no se puede colocar a acreedor del marido en la disyuntiva de no ejecutar o de prescindir de los inmuebles gananciales a efectos de su embargo, hay que buscar una solución al problema planteado por el nuevo primer párrafo del artículo 144 del Reglamento. La solución no puede ser, a nuestro juicio, la de dirigir la demanda contra los dos cónyuges sin más, despachando la ejecución solamente contra el marido. Quizá esta fórmula de ortodoxia procesal discutible permitiera la anotación preventiva del embargo puesto que, extrínsecamente al menos, se ha cumplido lo ordenado por el Reglamento, que sólo exige que la demanda *se dirija* contra los dos esposos, pero no se preceptúa que la ejecución se despache también contra ambos. Sin embargo, esta solución simplista deja en el aire el segundo problema (el de la enajenación de los bienes embargados una vez dictada sentencia de remate y subastados los bienes), ya que no parece posible que el Juez otorgue la escritura en rebeldía de la mujer si la demanda ha sido rechazada por lo que a ella se refiere. Por eso consideramos preferible que la demanda se dirija contra el marido y contra la *mujer a los solos efectos de que se puedan embargo bienes inmuebles gananciales, y de que en su día puedan dichos bienes ser enajenados por el Juez en rebeldía de la mujer, si ésta no concurre a dar su consentimiento*. Aunque no se nos oculta lo anómalo de una demanda (especialmente si se trata de un juicio ejecutivo) concebida en tales términos, creemos que la fórmula propuesta es la única que puede hacer compatible la exigencia del nuevo Reglamento con la posición jurídica de la mujer dentro de la sociedad de gananciales.

Porque también es evidente que la mujer, hágase o no admitido la demanda contra ella, lo que será menos violento tratándose de un declarativo, no tiene personalidad para oponerse al cumplimiento

(178) El problema puede también plantearse en caso de demandas dirigidas contra el marido y los herederos de la mujer, o contra la mujer y los herederos del marido, si se trata de reclamaciones formuladas después de muerto alguno de los cónyuges. El último párrafo del artículo 144, que ya existía en la anterior redacción del precepto, exige que la demanda se dirija contra el cónyuge premuerto y los herederos del supérstite si aun no se ha practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, o contra el adjudicatario de los bienes (y es de suponer que contra el deudor o sus herederos si, por ejemplo, la obligación fué contraída por el marido y el adjudicatario es la mujer o uno de sus herederos). En estos supuestos tiene mayor justificación el criterio reglamentario, pues la representación de la sociedad de gananciales ya no corresponde al marido cuando la misma entra en disolución. Con todo no deja de presentar inconvenientes.

de la obligación exigida, ni para ostentar en el proceso la representación de la sociedad de gananciales. La mujer, a nuestro juicio, sólo está legitimada para impugnar la obligación cuando haya sido contraída en fraude de sus derechos (ver lo dicho más atrás, en materia de enajenaciones en fraude de la mujer), y sobre todo, cuando se trate de obligación simulada con el fin de encubrir una verdadera enajenación. La impugnación sólo será posible en el juicio declarativo correspondiente. Por tanto, si lo que se ha planteado por el acreedor es un ejecutivo la mujer no podrá hacer valer su derecho dentro de este procedimiento, salvo que se interprete en forma excesivamente lata el primer motivo de nulidad del juicio ejecutivo señalado por el artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

De lo dicho se desprende, pues, una conclusión clara. El artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha llevado la protección a la mujer demasiado lejos, más allá de lo que en realidad permiten las propias normas sustantivas. Por ello, puede ocurrir que este exceso de celo se vuelva, en ocasiones, contra los mismos intereses que se han querido defender. No será extraño que los acreedores, al menos ciertos acreedores, exijan en lo sucesivo, para evitarse complicaciones, que los dos cónyuges asuman la obligación conjuntamente, previsiblemente en forma solidaria, lo cual dejará definitivamente comprometidos los bienes privativos de la mujer, esos bienes que el legislador civil ha querido dejar al margen de las consecuencias de una gestión desafortunada del marido.

En los demás casos de transmisiones forzosas estimamos suficiente, según antes dijimos, la intervención del marido. En la mayor parte de los supuestos, la propia índole de los mismos excluye, o hace sumamente remota, la posibilidad de simulación, que de consumarsearía, desde luego, ser atacada por la mujer.

Con todo pueden suscitarse algunas dudas. En tema de expropiación forzosa es de tener en cuenta que la Regla 2.<sup>a</sup> del artículo 32 del Reglamento Hipotecario exige que el expediente se entienda con *el titular registral* o quien justifique ser su causahabiente. Como, según el artículo 95 del propio Reglamento, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges (normalmente el marido) a título oneroso durante el matrimonio y sin expresión de la procedencia del dinero deben inscribirse a nombre de los dos esposos, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, parece que habrá que reputar a la mujer titular registral de dichos bienes, idea que confirma el artículo 144 que hemos comentado ampliamente. No obstante, creemos suficiente que el expediente de expropiación se siga solamente contra el marido, soslayando la inútil intervención de la mujer, quien ni está legitimada para oponerse ni puede concurrir conjuntamente con el marido a percibir la indemnización, ya que, según dijimos, el artículo 1.413 del Código civil exige únicamente que la mujer consienta

ciertos actos de disposición, pero no le atribuye en ellos ninguna otra intervención (179). De un lado, el artículo 95 del Reglamento dice que los bienes a que nos hemos referido se inscriben *para la sociedad conyugal*, de otro, el propio artículo 32 admite que el expediente se entienda con quien ostente la representación del titular registral (quien debe concurrir «por sí o debidamente representado», según dice literalmente el precepto), por lo que estimamos debe ser bastante la intervención del marido, administrador y gestor de la sociedad conyugal.

¿Será necesario el consentimiento de la mujer para que el marido pueda llegar a un acuerdo amistoso con la entidad expropiante, conviniendo con ésta la transmisión de los bienes expropiados, según prevé el artículo 24 de la Ley de Expropiación forzosa? A primera vista parece que debe prevalecer la solución afirmativa puesto que se trata de un convenio que voluntariamente conciernen expropiante y expropiado. Sin embargo, nosotros nos inclinamos por la solución opuesta. En definitiva, el llamado acuerdo amistoso no excluye el hecho de que el expropiado no transmita libremente. Lo hace porque sabe que, de no llegar al acuerdo, perderá el bien de todos modos al seguir adelante el expediente. No se olvide que tienen que haberse producido—para que se dé el supuesto que estamos contemplando—dos premisas previas: la declaración de utilidad pública o interés social y la declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes. La finalidad del convenio no es otra que la de truncar el expediente y la de obtener, generalmente, un mejor precio que el que hubiera fijado en su día la Junta de Estimación. Si se piensa que el consentimiento de la mujer es necesario para el acuerdo amistoso habrá que sostener que es igualmente preciso para que el marido formule la hoja de valoración a que se refiere el artículo 29 de la Ley, puesto que, según el artículo 30 de la misma, la administración puede aceptar la valoración, con la cual se da por concluido el expediente y se llega prácticamente a una solución igual o equivalente al acuerdo amistoso. Nos parece que exigir para esto el consentimiento de la mujer es desorbitar el alcance del nuevo artículo 1.413 del Código civil. Pretende evitar este precepto que determinados bienes gananciales puedan salir del patrimonio común sin el consentimiento de la mujer. Pero en el supuesto de expropiación forzosa los bienes expropiados saldrán del patrimonio, lo quiera o no la mujer. Al formular la hoja de valoración el marido lo único que hace es concretar sus pretensiones en orden a la indemnización a que tiene derecho, y en el convenio amistoso fija el importe de esa indemnización de acuerdo con el expropiante. Entender que también necesita para esto el consentimiento de la mujer sería, a nuestro juicio,

(179) La cuestión varía, por supuesto, si los bienes están insertos a nombre del de la mujer habiendo confesado el marido que el precio de la adquisición era de la pertenencia exclusiva de su esposa.

aplicar extensivamente una limitación (el consentimiento *uxoris*) que como tal limitación debe ser restrictivamente interpretada (180).

Por razones análogas a las invocadas hasta ahora consideramos que el marido puede enajenar, sin consentimiento de su mujer, solares en situación de venta forzosa (en el supuesto a que se refiere el artículo 148 de la Ley de Suelo, y siempre, al menos, que se venda por un precio igual o superior al justo precio que conste en el Registro municipal de solares), fincas rústicas enclavadas en las circunstancias prevenidas por la Ley de 11 de mayo de 1959, si el propietario ha sido requerido fehacientemente o citado de conciliación de acuerdo con el artículo 5.<sup>º</sup> de dicha Ley, así como acceder al retracto de fincas forestales ejercitado por el Patrimonio Forestal del Estado, al ejercicio del derecho de adquisición regulado por el artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de 15 de julio de 1954, o al derecho de acceso a la propiedad reconocido al colono por los artículos 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup> de la Ley de igual fecha sobre arrendamientos rústicos, etc.

#### *b) Aportación a sociedad:*

No existe unanimidad sobre la naturaleza jurídica de la aportación a sociedad. Frente al parecer de la doctrina dominante, ROCA SASTRE, entre nosotros (181), sostuvo que la aportación social no es verdadero acto de enajenación sino de intercomunicación de bienes. ALFOSO MARTÍN ALMEIDA (182) ha refutado esta doctrina defendiendo el punto de vista tradicional. Como ya dijimos en otra ocasión (183), cualquiera que sea la construcción teórica que se utilice para explicar la naturaleza de los actos de comunicación de bienes, lo cierto es que la aportación a sociedad como acto orientado a crear un patrimonio en el cual han de participar personas completamente extrañas al dueño de los bienes aportados y que ha de permanecer separado y diferenciado del patrimonio del aportante, tiene una significación que lo aproxima jurídica y económicamente a una verdadera enajenación.

Examinada la aportación a sociedad desde el punto de vista de la *ratio iuris* de la norma que exige al marido licencia de su mujer para actos de disposición sobre inmuebles, no ofrece duda, a

(180) De prevalecer la opinión contraria el marido se vería obligado a acudir al Juez si no lograba llegar a un acuerdo con su mujer en punto a la valoración. No será fácil obtener esta autorización dentro del plazo de veinte días que señala el artículo 30 de la Ley. Parece que la autorización judicial tendría que ser concedida siempre que el precio propuesto por el marido fuere igual o superior al resultante de aplicar los procedimientos valorativos señalados en los artículos 37, 38 y 39 de dicha Ley.

(181) *Naturaleza jurídica de la aportación social*. Conferencias de Valencia, 1945, págs. 299 y sigs.

(182) *Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, págs. 222 y sigs.

(183) *La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», separata, página 20, nota 32.

nuestro entender, que entre estos actos debe contarse la aportación social. En méritos de la misma el marido transforma el derecho de propiedad sobre la finca en un derecho de participación en una sociedad del que podrá disponer sin contar con su esposa, disposición que vendrá facilitada si la sociedad es capitalista, y más todavía si es anónima, al incorporarse el derecho de socio a un título valor, la acción. Aunque se estime (lo que incluso conceptualmente es enormemente discutible) que el marido, al aportar, no se desprende del todo de la finca que aporta, lo evidente es que la misma, al quedar incorporada a la sociedad, cae bajo un régimen jurídico en cuanto a su administración y disposición que escapa a todo posible control de la mujer. Es indudable, por último, que a través de la aportación, los intereses de la sociedad de gananciales y, por tanto, los de la mujer, pueden resultar perjudicados no solo cuando la aportación en sí constituya un mal negocio (por no haber equivalencia entre lo que aporta el marido y lo que aportan los demás socios en relación con las participaciones sociales que respectivamente se les reconoce), sino también aunque así no sea, si luego resulta que la marcha de la sociedad no es próspera y el patrimonio social se pierde (y con él la finca aportada) en todo o en parte.

¿Cuáles serán las consecuencias de una aportación realizada por el marido sin consentimiento de la mujer? Está fuera de duda que, impugnada la aportación por la mujer, la finca volverá al patrimonio ganancial y, por tanto, la sociedad se quedará sin ella. Pero, y éste es el problema a que queremos referirnos, ¿qué suerte correrá el total contrato de sociedad una vez que haya prosperado la impugnación? La doctrina (184) al examinar la naturaleza del contrato de sociedad, y al considerarlo negocio plurilateral, señala como consecuencia derivada de esta particularidad, la de que la nulidad o anulabilidad que afecta sólo al vínculo de una de las partes no comporta la nulidad total del contrato, salvo que la prestación de esa parte deba considerarse esencial, dadas las circunstancias del caso (en este sentido se pronuncian los arts. 1.420 y 1.446 del Código civil italiano). En nuestra doctrina y en nuestra legislación, se echa en falta un estudio general del contrato de sociedad y de las particularidades que su especial naturaleza determina en orden a lo que podríamos llamar anormalidades en su génesis o en su funcionamiento.

En nuestra opinión, sin embargo, hay base suficiente para sostener que la nulidad o anulabilidad de una aportación no lleva consigo la nulidad o anulabilidad total de la sociedad. Es indicio claro de que también para nuestro derecho el contrato de sociedad es negocio jurídico peculiar y distinto de los contratos bilaterales que el artículo 218 del C. de c. considere *sólo como causa de*

---

(184) Cfr. BRUNETTI: *Tratato del diritto società, parte general*, páginas 106 y sigs.

*rescisión parcial del contrato* que algún socio «deje de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de sociedad, después de haber sido requerido para verificarlo». Si se aplicara a este supuesto la doctrina del artículo 1.124 del Código civil, la consecuencia del incumplimiento sería la resolución total del contrato de sociedad. Paralelamente la ley de anónimas (artículos 31 y 44) y la de limitadas (art. 8.º) evidencian que las consecuencias del incumplimiento o mal cumplimiento por parte de algún socio de la prestación a que se obligó no afectan a la subsistencia del vínculo social por lo que se refiere a los demás socios. Pueden estos preceptos fundamentar la vigencia en nuestro ordenamiento de los principios que gobiernan el funcionamiento del contrato de sociedad como contrato plurilateral.

La sociedad, por tanto, no se anula aunque la aportación de uno de los socios sea impugnada (en nuestro caso por la mujer del aportante) con éxito. Todavía, para agotar la cuestión, hay que preguntarse si el marido puede sustituir con dinero la aportación frustrada, o si la sociedad puede imponérselo. Tratándose de colectivas o comanditarias la aplicación analógica del número cuatro del artículo 218 del Código de comercio, parece debe llevarnos a la rescisión parcial. Pero si la sociedad es anónima o de responsabilidad limitada la cosa es menos clara. Para las limitadas la aplicación del número cuatro del artículo 218 del Código de comercio está excluida por el artículo 31 de la Ley sobre esta clase de sociedades, y el artículo 44 de la Ley de anónimas, para el supuesto de incumplimiento por el aportante de sus obligaciones, sólo permite la rescisión parcial cuando la venta de las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso no puede efectuarse. Con todo estimamos que también en estas sociedades la solución debe ser la misma. La supresión del art. 218-4 por lo que se refiere a las limitadas tiene, posiblemente, como fundamento el que la Ley manteiga, como mantiene, el criterio de que para constituir esta clase de sociedades es preciso la íntegra aportación del capital social, por lo que considera que la hipótesis de aquél precepto no puede en realidad darse. El artículo 44 de la Ley de anónimas, en el supuesto de que fuera aplicable a aportaciones no dinerarias, conduciría, en nuestro caso, a la rescisión parcial, ya que normalmente no se encontrarían compradores para unas acciones cuyo contravalor se ha perdido al perder la sociedad la finca aportada, y únicamente cabría que ocurriera otra cosa si las acciones se habían liberado, en parte con dinero y en parte con la finca. Además, tanto la ley de anónimas como la de limitadas sujetan la aportación no dineraria, en cuanto a riesgos y responsabilidad por evicción o por vicios ocultos, a las normas de la compraventa (artículos 31 y 8, respectivamente, de ambas leyes). En el supuesto de vicios ocultos, pues, la sociedad podrá rescindir la aportación con anulación de las acciones y reducción del capital social. Parece lógico, por tanto, seguir también las mismas normas de la

compraventa en el supuesto de que la pérdida de la finca venga determinada no ya por las circunstancias que dan lugar a la evicción (185), sino por defecto en la capacidad o en la legitimación del aportante. Tales normas llevan, aplicadas analógicamente al contrato de sociedad y salvado el principio de que no es dicho contrato en su totalidad el afectado por aquellos posibles efectos sino sólo la aportación, a una solución equivalente a la rescisión parcial (186).

La sociedad subsiste, pues, y a ella tocará decidir si la aportación fracasada debe producir o no la disolución. Incluso puede ocurrir que la frustración de la aportación *in natura* determine la imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social, que es causa especial de disolución establecida en los artículos 150 y 30 de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

c) *Otros actos de enajenación:*

Lo son la dación en pago y la constitución de un censo enfitéutico o reservativo. En estos dos últimos casos el constituyente transmite bien el dominio útil de la finca, bien el dominio pleno, reservándose el derecho de percibir el canon o pensión, y el llamado dominio directo, si se trata de censo enfitéutico. En los dos supuestos el marido necesita para transmitir, bien el dominio pleno, bien el dominio útil, consentimiento de su mujer. Tanto en un caso como en otro hay un clarísimo acto de disposición, que puede resultar lesivo para los intereses de la mujer y que, por tanto, no puede realizar el marido sin estar debidamente autorizado por aquélla. No nos parece necesario, en cambio, que el marido precise dicha autorización, para adquirir, en el acto de constitución del censo, la finca objeto del contrato, aunque en ese acto, y como elemento esencial del mismo, quede constituida a favor del censualista la carga de la pensión. Nos remitimos sobre este punto a lo que ya hemos dicho al tratar de la estipulación del retracto convencional, y a lo que más adelante diremos,

(185) Según señalamos oportunamente, la responsabilidad por evicción no constituye un supuesto de resolución por incumplimiento ni produce las mismas consecuencias que las determinadas por la rescisión, resolución o anulabilidad de un contrato.

(186) Parece que si la aportación impugnada por la mujer se declara nula lo único que puede pretender la sociedad (de acuerdo con el art. 1.303 del C. c.) es la devolución de las acciones. La responsabilidad por evicción, de hacerse efectiva sobre los gananciales, podría causar un perjuicio a la mujer que debe quedar immune de las consecuencias determinadas por un acto realizado sin su necesario consentimiento. No hay enriquecimiento injusto aquí, pues la contrapartida de la recuperación de la finca es la devolución y consiguiente anulación de las acciones. Puesto que la sociedad no puede dirigirse contra el patrimonio ganancial para exigir el contravalor de las acciones emitidas con cargo a la finca, no resulta equitativo que el marido pueda, en cambio, imponer a la sociedad la sustitución de la finca por el valor de las acciones en dinero, solución a la que, por supuesto, se puede llegar de común acuerdo.

desarrollando las ideas expuestas, al ocuparnos de las cargas o gravámenes impuestos por el marido como condición de las adquisiciones que realice.

*b) Actos de constitución de gravámenes.*

En términos generales, los negocios jurídicos por los cuales se grava una finca con un derecho real limitado (o limitativo del dominio, o con una carga o gravamen real) son indudablemente actos de disposición, que disminuyen el valor de los bienes sobre que se imponen, y que, además pueden afectar a la libre disponibilidad de los mismos, o implicar la pérdida de ellos. Así pues, por regla general, el marido, para imponer gravámenes sobre fincas gananciales, debe estar facultado por su mujer. El consentimiento *uxoris* es necesario para constituir usufructos, derechos de uso o habitación, servidumbres, hipotecas, anticresis, etc.

Sentada esta regla general, conviene que examinemos ciertos actos respecto de los cuales no es claro si el consentimiento *uxoris* es o no necesario. En algunos casos la duda arranca de la calificación misma del acto. En otros, el problema se plantea en función de la *ratio iuris* de la licencia *uxoria*. En el primer caso, tenemos el arrendamiento. En el segundo, los supuestos en que la carga se constituye como condición precisa de la adquisición de una finca, y algunas hipótesis de modificación de gravámenes ya constituidos.

*a') Arrendamientos:*

A primera vista parece que saber si el arrendamiento de una finca ganancial es o no un acto de disposición depende de que el derecho arrendatario se considere personal o real. Si es real la celebración del arriendo será la constitución de un gravamen, y, por tanto un acto de disposición.

Para nosotros el problema debe resolverse no tanto en función del tema, aún polémico, de la naturaleza del derecho arrendatario, sino en atención a las consecuencias jurídicas del contrato, según sus especiales circunstancias y, según la clase de arrendamiento de que se trate. Aunque el arrendamiento dé lugar al nacimiento de un derecho real a favor del arrendatario (o cuando lo dé), no basta ello para considerar que su otorgamiento es un acto que escapa a las facultades del marido como administrador de la sociedad de gananciales. Por otra parte, y aunque se estime que del arrendamiento sólo deriva un derecho de crédito, ello tampoco es suficiente para sostener que el marido puede, sin el consentimiento de su mujer, llevar a cabo toda clase de arrendamientos. No olvidemos que el artículo 1.413 del Código civil se refiere a actos de disposición, no a negocios de disposición en sentido estricto.

En principio, el arrendamiento es un acto típico de administración. Es un medio para obtener de ciertos bienes su rendimiento normal. Sin embargo, la Ley estima que ciertos arrendamientos rebasan el límite de la administración y constituyen actos de rigú-

roso dominio. Del artículo 1.548 del Código civil se desprende que el arrendamiento de bienes inmuebles que se pacte por una duración superior a seis años es acto de riguroso dominio. De un modo general se prohíbe a los administradores de bienes ajenos concertar estos arrendamientos salvo (es de suponer) que se cumplan los requisitos exigidos en cada caso para la enajenación o el gravamen de bienes inmuebles. El Código civil atiende, pues, a la hora de establecer si el arrendamiento es o no acto de administración, al dato de la *duración* del contrato. El criterio es admisible aunque ha sido criticado, a nuestro juicio, sin razón. Generalmente, se opina que debieran ser equiparados a la enajenación los arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad, es decir, los que se reúnan cualquiera de las circunstancias especificadas en el artículo 2.<sup>º</sup> número 3 de la Ley Hipotecaria, y no sólo los que se pacten por un plazo que excede de seis años. A nuestro modo de ver, el Código civil procede acertadamente al poner el acento discriminatorio en la duración. Para saber cuándo el arrendamiento rebasa los límites de la administración, lo más importante es la duración del contrato. Son los arriendos a plazo largo los que pueden comprometer la rentabilidad de la finca y por ello es lógico que, desde el punto de vista de la trascendencia económica del contrato, la ley atienda, con buen sentido, a su duración. En cambio, siempre desde ese punto de vista, no tiene una importancia excesiva que el contrato deba o no ser soportado por el tercero adquirente del inmueble (el efecto de la inscripción es la derogación del absurdo sistema de la *lex Emptorem*), si el plazo de vigencia del arriendo es breve.

Así pues, y siempre que se trate de arrendamientos sujetos a la legislación común, entendemos que el marido podrá concertarlos por sí solo. Únicamente si se trata de arrendamientos con plazo de duración superior a seis años estaremos ante verdaderos actos de disposición. Para celebrar estos arrendamientos, que el legislador considera excesivamente gravosos, el marido precisa el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Estimados que la solución no depende de la inscripción en el Registro. Si el arrendamiento se contrata por más de seis años es acto de disposición aunque no se inscriba, y, por tanto, el marido necesitará el consentimiento de su mujer. Por el contrario, si el arrendamiento se ha pactado por plazo inferior a seis años, aunque se haya convenido su inscripción y ésta se practique, podrá ser celebrado por el marido sin necesidad de obtener el consentimiento *uxoris*.

¿Será aplicable por analogía lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.363 del Código, y en su virtud debe tenerse por nulo el pago anticipado de rentas de tres o más años hecho al marido? Consideramos que la cuestión es discutible, pero nosotros nos inclinamos por la validez del pago anticipado. El artículo 1.363, como todo precepto que establece una nulidad, no debe ser extensivamente interpretado. Las situaciones, además, difieren

notablemente. Mientras la propiedad de los bienes dotales inestimados pertenece exclusivamente a la mujer, el marido es copropietario de los bienes gananciales. El marido es usufructuario de la dote, aunque el matrimonio se rija por el sistema de separación de bienes, y el derecho del marido a los frutos expira fatalmente al concluir el usufructo. Es natural que la ley tome medidas para evitar que mediante un cobro anticipado de rentas el marido prolongue de hecho su usufructo más allá de los límites legales de su vigencia. En cambio, si los bienes arrendados son gananciales la muerte del marido o la disolución de la sociedad no lleva consigo necesariamente que la mujer adquiera derecho a los frutos que se devenguen a partir de ese momento. Por estas razones creamos que no es aplicable al arrendamiento de bienes gananciales lo que preceptúa el segundo párrafo del artículo 1.363 del Código civil, sin perjuicio de que la mujer pueda impugnar el pago anticipado de rentas si dicho pago se hizo en fraude de sus derechos.

Veamos ahora si las soluciones generales fundadas en lo que se puede llamar derecho común en materia de arrendamientos han de sufrir modificación si se trata de celebrar arrendamientos sujetos a la legislación especial del inquilinato o del colonato.

La Ley de Arrendamientos Urbanos no contiene normas especiales en cuanto a la capacidad o legitimación necesarias para contratar los arrendamientos que hayan de quedar sujetos a sus normas. La doctrina y la Jurisprudencia, a la vista de la LAU, entienden que debe aplicarse el Código civil, por lo cual piensan que el arrendamiento sujeto a la ley de arrendamientos urbanos es acto de administración siempre que no se pacte una duración superior a los seis años (187). Posiblemente influye el punto de vista, que mantiene la doctrina dominante, de que el arrendamiento no es derecho real ni siquiera cuando se trata de arrendamientos acogidos a la legislación especial.

A nuestro modo de ver, los arrendamientos sujetos a la LAU debieran ser considerados actos de disposición o de riguroso dominio. El arrendatario, en dichos arrendamientos, adquiere el derecho de prorrogar a su voluntad e indistintamente el contrato, por lo que la situación arrendaticia desborda cualquier plazo que contractualmente se haya establecido. El derecho arrendatario se transmite, si se dan ciertas condiciones, a la muerte del locatario. Finalmente, el inquilino está investido por la Ley de un derecho a la preferente adquisición del piso o local arrendados en caso de venta o dación en pago de uno u otro. La celebración de un arrendamiento sujeto a la LAU es un acto que compromete, o puede comprometer, gravemente el valor del inmueble, por lo que debe ser equiparado a un verdadero acto de disposición.

---

(187) Cfr. sentencias de 29 de abril de 1950 y de 3 de diciembre de 1954. En el mismo sentido opinan Cossío: *Tratado de arrendamientos urbanos*, I, págs. 335 y sigs., y Castán: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 22.

Possiblemente confunda a la doctrina y a la Jurisprudencia el hecho de que el arrendamiento sólo es considerado derecho real cuando se inscribe en el Registro, por lo cual se sostiene que el arrendamiento sujeto a la LAU solo da lugar a un derecho personal. Para nosotros el arrendamiento es, por su propia naturaleza, un verdadero derecho real, y como tal debe ser tratado. Por consiguiente, cuando la solución del artículo 1.571 del Código civil (188) quede eliminada, bien por obra de inscripción en el Registro, bien por ministerio de la Ley, el derecho arrendaticio adquiere el rango de derecho real, rango que ya tiene en potencia por razón de su propia naturaleza y contenido. Pero, aún admitiendo que la opinión hoy dominante fuera cierta, y, por consiguiente, dando por bueno que el derecho arrendaticio sea siempre derecho de crédito, aunque se inscriba o aunque por ministerio de la ley haya de perjudicar al tercer adquirente de la finca, lo cierto es, que desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio, lo esencial no es la naturaleza del derecho del arrendatario sino la duración del contrato.

Partiendo de esta idea, y eliminada toda posible confusión entre los conceptos acto de riguroso dominio y negocio de disposición, se comprende que no basta el silencio de la LAU sobre la capacidad para arrendar, para sostener que el arrendamiento de fincas urbanas sujeto a dicha Ley es un simple acto de administración, salvo que se estipule un plazo superior a seis años. A nuestro juicio, la aplicación del artículo 1.548 del Código civil al supuesto de arrendamientos sujeto a la LAU debe llevar el convencimiento de que tales arrendamientos son siempre verdaderos actos de disposición. Tan grave y peligroso es para el arrendador que el plazo del arriendo sea superior a seis años, como que el contrato, aun celebrado por un plazo inferior, pueda prorrogarlo el arrendatario a su voluntad, por un tiempo indefinido, no perpetuo, pero que, imposible de prever al inicio, rebasará, generalmente, los seis años. El artículo 1.548 del Código civil no podía prever esta hipótesis porque la prórroga forzosa le era completamente desconocida. Pero introducida posteriormente esta importantísima institución hay que llegar, a nuestro entender, a una de estas dos soluciones. O se estima que el artículo 1.548 es inaplicable a relaciones arrendaticias que discurren por cauces totalmente extraños al Código civil, o si se quiere utilizar, pese a todo, el precepto, hay que interpretarlo y aplicarlo de acuerdo con su *ratio juris*. Si es la larga duración lo que, según el Código, transforma el arrendamiento en acto de disposición hay que dispensar dicha

(188) Según VALLET (*Hipoteca del derecho arrendaticio*, pág. 34), el artículo 1.571 del Código civil no es quizás un obstáculo decisivo contra la naturaleza real del derecho del arrendatario.

calificación a todos aquellos arriendos cuyo plazo pueda prorrogarse indefinidamente a voluntad del inquilino.

No es éste, sin embargo, el criterio interpretativo que prevalece. Por tanto, de consolidarse la posición doctrinal y jurisprudencial que entiende que la interferencia de la LAU no influye en la naturaleza jurídica del arrendamiento de fincas urbanas, la conclusión será que el marido podrá celebrar por sí solo estos arrendamientos salvo que pacte un plazo superior a seis años.

Y pasemos ahora a los arrendamientos de fincas rústicas regulados por la legislación especial, hoy recogido el Decreto de 29 de abril de 1959.

En tesis general cabe decir de estos arrendamientos lo mismo que hemos dicho de los arrendamientos de fincas urbanas sujetos a la LAU. La duración del colonato es más limitada que la del inquilinato, pero también el derecho de prórroga reconocido al colono determina que por la sola voluntad de éste la relación puede durar más de seis años. El colono adquiere, además, el derecho de retracto legal.

Teóricamente, pues, los arrendamientos de fincas rústicas sujetos a la legislación especial debieran ser tratados como actos de disposición (189). La propia Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 (que a diferencia de la LAU contiene normas concretas sobre capacidad), lo reconocía así al establecer que, «en todo caso, el arrendador deberá hallarse en la posesión jurídica de la finca a título de propietario, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla *con capacidad (salvo lo dispuesto anteriormente) para realizar actos de enajenación* y sin que los actos que realice puedan tener más trascendencia que los de su propio derecho» La norma era, a nuestro entender, plenamente correcta y congruente con la trascendencia que debe reconocerse al arrendamiento de fincas rústicas regulado por la legislación especial.

A tenor del artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de 1935, y puesto que el marido necesita el consentimiento de su mujer para enajenar inmuebles, la conclusión tiene que ser que igualmente lo necesita para dar arrendamiento (sujeto a la Ley) fincas rústicas gananciales, ya que tal arrendamiento es tratado como acto de enajenación

(189) No así los arrendamientos de aprovechamientos secundarios a que se refiere el último párrafo del artículo 2.<sup>º</sup> de la Ley de 28 de junio de 1940 (hoy párrafo 3.<sup>º</sup> del art. 9 del Decreto), ya que la duración de estos contratos será la que libremente pacten las partes. En la aparcería, aunque el aparcero no tiene el derecho de prórroga forzosa, su facultad de convertir la aparcería en arrendamiento de una parte de la finca (cfr. art. 7 de la Ley de 1940 y apartado 3.<sup>º</sup> del art. 49 del Decreto) da al contrato una trascendencia que lo aproxima, en cuanto a la capacidad para celebrarlo, al colonato propiamente dicho. Además el aparcero tiene el derecho de retracto según ha declarado la jurisprudencia. (Cfr. sentencias de 3 de abril de 1944 y 9 de noviembre de 1945.)

desde el punto de vista de la capacidad (190). Sin embargo, al ser recogido el artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de 15 de marzo de 1935 por el Decreto de 29 de abril de 1959, el párrafo que hemos transcritto ha sufrido una importante mutilación, porque se ha suprimido el inciso «con capacidad (salvo lo dispuesto anteriormente) para realizar actos de enajenación». La supresión, a nuestro juicio, es abusiva, ya que ni el inciso subrayado tenía que desaparecer porque así lo exigiese la necesidad de acomodar el texto de la Ley de 1935 a disposiciones posteriores ni se trata de un precepto, párrafo o frase carente de sustantividad o incurso en defectos de técnica (191). La redacción actual del artículo deja el problema sin solución expresa. Las normas particulares que contiene toman un matiz especialísimo al haber sido suprimida la equiparación del arrendamiento a un acto de enajenación; y ya no parece lícito extraer de ellas conclusiones aplicables a otros supuestos, porque si bien para los padres y para los tutores el arrendamiento cuando se pacte un plazo superior a lo que le falta al hijo o pupilo para llegar a la mayor edad es tratado como enajenación (desde el punto de vista de los requisitos necesarios para su celebración), ocurre lo contrario respecto de las mujeres casadas y de los menores emancipados (letras *c*) y *d*) del artículo), sin que pueda ya sostenerse, con base en la propia Ley, que estos dos últimos casos constituyen excepción a una regla general que ha sido suprimida. Queda en pie únicamente la fórmula imprecisa del párrafo primero con arreglo al cual «la capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento en concepto de arrendador se regulará por la legislación civil, común o foral, a que éste se haya sometido». El problema viene, pues, a quedar planteado en términos análogos al de la capacidad necesaria para concertar arrendamientos sujetos a la Legislación especial de Arrendamientos urbanos. Por tanto, aunque en virtud de las razones que anteriormente invocamos lo correcto, a nuestro juicio, es considerar que dichos arrendamientos constituyen verdaderos actos de disposición no es aventurado vaticinar que en la práctica prospere el criterio contrario.

*b') Gravámenes constituidos con el carácter de condición del acto adquisitivo de una finca ganancial.*

Es muy frecuente que al adquirir una finca se imponga sobre ella un gravamen en beneficio del vendedor. El supuesto más corriente es la hipoteca o la condición resolutorias constituidas en

---

(190) Sería demasiado sutil entender que el consentimiento *uxoris* no es exigible porque constituye un requisito de legitimación y no de capacidad. El artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de arrendamientos lo que quiere decir es que sólo está facultado para arrendar quien pueda enajenar la finca. La norma se refiere igualmente a la capacidad que a la legitimación, y no es lícito tergiversar su claro significado en base a una discriminación, no siempre fácil de hacer, entre falta de capacidad y legitimación insuficiente.

(191) Cfr. la Exposición de Motivos del Decreto de 29 de abril de 1959.

garantía del pago del precio de la compra, total o parcialmente aplazado. A veces es necesario constituir servidumbres (de paso, de mancomunidad de patios, de luces y vistas, etc.) a favor de fincas que quedan en poder del transmitente. Finalmente, es posible que el que transmite se reserve algún derecho sobre la finca transmitida (el usufructo, el uso o la habilitación, un derecho de censo, de retracto, etc.).

A nuestro juicio, en todos estos casos no es necesario el consentimiento de la mujer. La constitución del gravamen aunque teóricamente se pueda distinguir de la adquisición (192), es una condición de la misma y se establece simultáneamente a ella, por lo que prácticamente es igual que el gravamen se constituya en la adquisición o que haya sido impuesto con anterioridad. Como dice KIPP (193), viene a ser lo mismo adquirir una finca ya hipotecada que adquirirla hipotecándola en garantía del precio que queda aplazado. La finca, en realidad, ingresa en el patrimonio ganancial «cum onere». Aunque cronológicamente quepa distinguir dos momentos distintos (adquisición y constitución del gravamen) la distinción, de ser cierta, tiene un alcance puramente teórico. El marido, al constituir una hipoteca en garantía del precio aplazado de la finca que compra, no perjudica ni puede perjudicar los intereses de la mujer en esa finca, toda vez que sin la hipoteca ningún derecho podría la mujer haber adquirido sobre aquélla. Cuando el marido compra y, por no pagar todo el precio, asegura con hipoteca o condición resolutoria la cantidad que debe, el aspecto predominante de la operación es el adquisitivo. El marido actúa sus facultades de administrador y jefe de la sociedad conyugal, ejerce la potestad de decidir en qué bienes ha de invertirse el patrimonio ganancial, dispone del dinero actual o futuro de la comunidad y obliga a ésta, para todo lo cual no necesita el consentimiento de su esposa. No es la hipoteca en sí, sino la compra, y las consecuencias que de ella se deriven, lo que puede resultar perjudicial para la mujer. Pero frente a estos eventuales perjuicios el recurso arbitrario por el legislador no ha sido la licencia uxoria.

### *c') Modificación de gravámenes ya constituidos.*

Como regla general la alteración de un gravamen constituido sobre una finca ganancial constituirá un acto de disposición que puede representar peligro para los intereses de la mujer y, por consiguiente, será necesario contar con el consentimiento de aquélla.

Pero en algunos supuestos la modificación del gravamen no perjudica, de hecho, los intereses de la mujer, sino que, además,

(192) La distinción se borra si agudimos a la teoría de la constitución por vía de reserva.

(193) En el *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, IV, 1.º, pág. 442.

la naturaleza del acto excluye «*a priori*» cualquier posible perjuicio. En tales casos el consentimiento «*uxoris*» resulta superfluo y no debe, pues, exigirse.

Los ejemplos más importantes se encuentran en la modificación de gravámenes hipotecarios.

Está claro que aquellas modificaciones que consistan en ampliaciones de la responsabilidad hipotecaria exigen la licencia *uxoria*. Así, cuando se aumente el «*quantum*» de la responsabilidad, o la hipoteca se extienda posteriormente a bienes distintos de los hipotecados inicialmente. Es también evidente que aquellas modificaciones consistentes en reducción de la responsabilidad hipotecada no precisan dicho consentimiento, ya que, en definitiva, dichos actos se traducen en cancelaciones parciales de la hipoteca que pueden ser otorgadas unilateralmente por el acreedor (el problema de si es o no necesario el consentimiento de la esposa de éste para dichas cancelaciones será estudiado después), y no pueden determinar perjuicio alguno para los intereses de la mujer.

Cuando la modificación de la hipoteca no consista en ampliar o reducir la responsabilidad hipotecaria, sino en alterar su distribución, o en distribuir una responsabilidad que antes afectaba a una sola finca, ¿será necesario el consentimiento de la mujer del dueño de los bienes hipotecados? La contestación a esta pregunta requiere, a nuestro juicio, distinguir diferentes casos.

En el supuesto de que inicialmente se hayan hipotecado varias fincas en garantía de una sola obligación forzosamente habrá tenido que distribuirse la responsabilidad hipotecaria al constituirse la hipoteca. Para alterar después esa distribución, ¿se requiere el consentimiento de la mujer? A nuestro juicio, la contestación debe ser afirmativa. La nueva distribución, en cuanto implique la imposición de un mayor gravamen sobre alguna de las fincas hipotecadas, constituirá un acto dispositivo. Ciento que necesariamente el aumento de la carga respecto de alguna o algunas de las fincas hipotecadas vendrá compensado con la disminución que beneficiará a las restantes, pero, a pesar de ello, el acto puede resultar perjudicial para los intereses de la mujer (194).

Las cosas cambian si la hipoteca se constituyó sobre una sola finca (propia en su integridad de la sociedad de gananciales) que luego se divide en dos o más. La división de la finca no produce automáticamente la división de la hipoteca. Antes al contrario, el gravamen continúa pesando en su totalidad sobre cada una de las nuevas fincas que se formen mientras el acreedor no consienta la división (cfr. art. 123 de la L. H.). Si el acreedor, una vez dividida la finca, accede a la división de la hipoteca, dicha divi-

---

(194) Supongamos que se enajena la finca favorecida por la nueva distribución y se conserva la que resultó perjudicada. La mayor cantidad de que responde esta última puede dificultar su liberación.

sión, aunque se realice de forma arbitraria, no perjudicará los intereses de la mujer, pues, siempre resultará más beneficiosa que la situación de hipoteca solidaria provocada por la parcelación de la finca. No es claro, además, que la transformación de la hipoteca solidaria en hipoteca especial sea negocio de disposición, ya que como consecuencia de la división de la hipoteca no se impone un nuevo ni siquiera un mayor gravamen sobre cada una de las fincas resultantes del fraccionamiento de la primitiva. Con mayor razón puede afirmarse que no es acto de disposición, en el sentido de acto de riguroso dominio, si bien tampoco quepa calificarlo de acto de simple administración. Se trata de un acto que no encaja claramente en ninguno de los dos términos de la clasificación.

La cuestión reviste mayor complejidad cuando la sociedad de gananciales es sólo titular de una de las fincas en que se ha dividido la primitiva. Proyectando la hipótesis general sobre el caso tan frecuente de casas divididas por pisos, puede suceder: a) que el matrimonio sea titular de una participación indivisa sobre la casa (hipotecada en su totalidad) que luego se divide por pisos adjudicándose uno a los cónyuges; b) que el matrimonio adquiera por compra (o por otro título) un piso integrado en una casa gravada, asimismo, con una sola hipoteca.

La solución del problema es más difícil en estos casos porque en ellos hay que atender no sólo a la relación con el acreedor hipotecario, sino, además, a la que intercede entre los propietarios de los bienes hipotecados o con la persona de quien se han adquirido aquéllos.

En el caso de disolución de comunidad por división de la cosa común la división posterior de la hipoteca parece, a primera vista, que debe requerir el consentimiento de las mujeres de los adjudicatarios, ya que si la parte de gravamen que se asigna a cada nueva finca no es proporcional al valor de adjudicación y al que correspondía a cada copartícipe en la comunidad, ello puede determinar un evidente perjuicio para el adjudicatario, y por lo tanto para su esposa cuando lo adjudicado sea ganancial. Sin embargo, hay que tener en cuenta: 1.º) Que el exceso de gravamen impuesto a un adjudicatario (o en relación con el valor de su parte en la comunidad) determinará el nacimiento de una acción a su favor para exigir de los demás la diferencia. 2.º) Que en todo caso el acto no representa la imposición de un mayor gravamen sobre lo adjudicado toda vez que la consecuencia inmediata de la división de la finca es el nacimiento de una hipoteca solidaria. Estas razones nos inclinan a favor de la innecesidad de la licencia uxoría. En la duda sobre la procedencia de este requisito creemos preferible incluarnos por la solución negativa.

Finalmente, cuando la finca resultante de la división y afecta a una hipoteca total sobre la primitiva es adquirida por los cónyuges, después de la división, la solución debe ser la misma. Si

la finca ha sido adquirida por compra juega, además, la consideración de que el marido puede comprar fincas hipotecadas sin necesidad del consentimiento de su mujer cualquiera que sea el importe de la hipoteca que grave la finca. En realidad si el marido compra cuando la hipoteca aún no ha sido dividida adquiere una finca sujeta a un gravamen solidario y pendiente de concreción o individualización futura, y consiente, generalmente de antemano, la división que en su día proponga el acreedor (sobre todo si éste es una entidad de crédito), lo cual, a nuestro juicio, puede hacer sin consentimiento de su mujer, ya que sin necesidad de ese consentimiento hubiera podido comprar la finca cualquiera que fuese la cuantía de la hipoteca. La fijación, en estos casos, del montante a que se calcula ascenderá la hipoteca cuando se divida, no tiene otro alcance que regular las relaciones entre vendedor y comprador en cuanto a pago o retención de precio.

Cuando el acreedor, para acceder a la división, imponga como requisito la modificación, más onerosa por el deudor, de algunas de las condiciones de la operación, por ejemplo, elevación del tipo de interés, reducción de plazo, ampliación de la responsabilidad accesoria para costas y gastos, etc., parece inexcusable el consentimiento de la mujer. Hay entonces un nuevo acto dispositivo, puesto que se impone sobre los bienes hipotecados un mayor gravamen o se hace más oneroso el primeramente constituido. Cabe, naturalmente, que esas modificaciones redunden en perjuicio de la sociedad de gananciales. Hará falta, pues, el consentimiento de la mujer. Sin embargo, cuando se trata de comprar una finca sujeta a una hipoteca solidaria no estimamos incorrecto que una de las cláusulas del negocio sea la aceptación por el marido de las condiciones que en su día exija el acreedor para realizar la división. Este pacto, condición en suma del acto adquisitivo, debe considerarse válido y vinculante aunque la mujer del comprador no haya dado su consentimiento (ver sobre este punto lo dicho más atrás).

c) *Otros actos de disposición.*

Estudiaremos bajo este epígrafe los siguientes supuestos: particiones de bienes, y actos que implique alteración de la identidad de fincas gananciales.

a') *Partición de bienes.*

¿Necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial para llevar a cabo, en unión de los demás comuneros, la división de la cosa común si la participación indivisa de que es titular tiene carácter ganancial?

La contestación a esta pregunta nos enfrenta con el debatido problema de la naturaleza jurídica de los actos particionales. No sería propio de este lugar que nos detuviéramos en el examen de-

tallado de las diversas doctrinas que se registran en este tema, ni, por otra parte, lo creemos necesario para resolver la cuestión planteada.

El estudio de la naturaleza jurídica de los actos particionales no se aborda, generalmente, sobre la base de distinguir y contraponer los actos de administración y los de riguroso dominio. Se atiende exclusivamente a los efectos jurídicos del acto y se discute si la división es o no un negocio traslativo. Para nosotros, y dado el significado que la expresión «actos de disposición» tiene en el artículo 1.413 del Código civil, este planteamiento no sería suficiente. Pero es que además, y aunque lo aceptáramos, la conclusión también sería, a nuestro juicio, la de que el marido necesita el consentimiento de su mujer para llevar a cabo actos particionales. En efecto, rechazadas las dos teorías extremas (la traslativa y la declarativa), que descansan en sendas ficciones y que son incapaces de explicar los efectos que el derecho positivo atribuye a la partición gana terreno la opinión que ve en la división un acto modificativo o específico de derechos. Pero supuesto que esta postura intermedia sea acertada, de ella también se deduce que la partición es un negocio de disposición. Los negocios jurídicos por los que se modifica el contenido de un derecho patrimonial (especialmente si este derecho es un derecho real) son negocios de disposición para la mejor doctrina (195). No olvidemos que la enajenación y los negocios traslativos en general, si bien, constituyen un grupo muy importante de los negocios dispositivos no agotan esta categoría jurídica. Los negocios que tienen por fin y efecto inmediato modificar el contenido de un derecho patrimonial son también, volvemos a repetirlo, negocios de disposición. La modificación que opera la partición, al convertir la relación de copropiedad en propiedad exclusiva, es una alteración trascendental, razón por la cual debe entenderse que nos encontramos ante un negocio dispositivo, aunque, evidentemente, no estamos en presencia de una enajenación.

Desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio, que es la que para nuestro tema tiene interés primordial y relevante, tampoco hay duda, a nuestro juicio, de que la partición es acto que debe incluirse en el segundo grupo. La partición altera sustancialmente la identidad del elemento patrimonial preexistente. En realidad opera la sustitución de un bien (la participación indivisa sobre una finca) por otro distinto, la propiedad exclusiva de una finca nueva resultante de la división material. Es evidente que esta sustitución puede ser poco ventajosa con manifiesto quebranto para lo que constituía un elemento estable del patrimonio.

Nuestro derecho positivo, aunque no de forma rotunda (196),

(195) Cfr. ENNECCERES: *Ob. cit.*, I-2, págs. 34 y sigs.

(196) Para el Derecho italiano, por ejemplo, la partición es, sin duda

asimila la partición a los actos dispositivos. El artículo 1.052 del Código civil (aplicable a toda clase de divisiones de bienes en proindiviso según resulta del 406) exige, para pedir la partición, que quien la pida tenga *la libre administración y disposición* de sus bienes. Ciertamente el artículo 1.058 habla solamente de *libre administración*, pero esta expresión hay que entenderla equivalente a la utilizada por el artículo 1.052. La ley, al requerir la *libre administración*, exige, en realidad, capacidad completa y plenitud de poder dispositivo. No tiene sentido, aunque cierto sector doctrinal parezca opinar lo contrario (197), entender que la libre disposición de los bienes se necesita únicamente *para pedir* la partición y no para practicarla, siendo así que lo verdaderamente grave, lo que puede acarrear un perjuicio real y cierto no es la simple solicitud de que la partición se practique, sino la realización efectiva del acto particional. Si para realizar actos partionales bastara la capacidad para administrar no tendría por qué exigirse la *libre administración*. El calificativo *libre* pone de relieve que la ley exige algo más que la simple potestad de administrar. Se emplea la palabra administración en el sentido amplio de gestión patrimonial. Que los padres puedan representar a sus hijos en las particiones en que estén interesados sin necesidad de intervención ni aprobación judicial (cfr. artículo 1.060), y que la Dirección General de los Registros permita a los emancipados por concesión realizar particiones sin el consentimiento de su padre, madre o tutor, no prueba nada en contra de nuestra tesis. El artículo 1.060 del Código civil es una norma excepcional, ya que en general no se permite a los administradores de bienes ajenos intervenir en particiones sin el concurso de los requisitos necesarios para la enajenación de los bienes de los administrados. Como decíamos anteriormente, cuando se trata de actos que la ley prohíbe a unos administradores legales y permite a otros hay que atender a su finalidad para saber si hay un acto de disposición excepcionalmente permitido o si por el contrario estamos ante un acto de extraordinaria administración. La finalidad de la partición es, según hemos dicho, la de sustituir una situación patrimonial por otra, un bien por otro diferente. Por ello se encuentra mucho más cerca de los actos de disposición que de los actos puramente administrativos. La doctrina de la Dirección que hemos recordado, relativa al emancipado por concesión, no es tampoco decisiva. Se funda en que el emancipado por concesión (por eso parece mantenerse opinión diferente para el emancipado por matrimonio) sólo se le impide *vender o gravar* bienes inmuebles. Como la partición no es, evidentemente, ni una venta ni un gravamen y como ninguna incapacidad debe interpretarse extensivamente, la tesis de la Dirección es aceptable. Pero indudable-

---

alguna acto de riguroso dominio o, como dice BETTI, de administración excepcional. Cfr. artículo 375 del nuevo C. c. italiano, y BETTI: *Ob. cit.*, pág. 217.

(197) Cfr. CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo I-2, pág. 521.

mente no puede decirse lo mismo en nuestro caso, ya que el marido necesita el consentimiento de su mujer para llevar a cabo actos de disposición en general, no sólo para ventas o constituciones de gravámenes.

El marido, por consiguiente, necesita el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para realizar divisiones de bienes en los que corresponda a la sociedad de gananciales una participación indivisa. Supuesto que, según el artículo 1.052 del Código civil, hace falta también la libre administración y disposición de los bienes para pedir la partición, parece que igualmente será necesario que el marido esté autorizado por su mujer o por el Juez para ejercitar la «actio communii dividundi». En cambio, no deben ser necesarios dichos requisitos para que el marido pueda allanarse al ejercicio de esta acción entablada por otro comunero. Aunque el marido necesita, según veremos después, el consentimiento de su mujer para allanarse frente a acciones reales ejercitadas sobre bienes gananciales, la cuestión es aquí distinta, pues, el simple allanamiento a la «actio communii dividundi», no implica el peligro de que se enmascare una disposición prohibida. Los comuneros están obligados a acceder a la división si alguno lo pide. Pero la realización de la misma (salvo que se haga en ejecución de sentencia con las garantías que representa la intervención judicial) requerirá el consentimiento «cuxoris», tanto si se ha pedido la división material como si, por ser indivisible la cosa común, hay que ir la división económica procediéndose a la enajenación de aquella y reparto del precio.

*b') Modificaciones de la individualidad física o jurídica de fincas.*

Las alteraciones de la identidad o individualidad de las fincas pueden tener un simple carácter formal, o, por el contrario, constituir una modificación de la realidad física.

En el primer caso tenemos las segregaciones y agrupaciones de terrenos, así como las parcelaciones horizontales de edificios. En el segundo caben una amplísima gama de supuestos que no es posible, naturalmente, enumerar, como no sea a guisa de simple ejemplo.

Las que podemos llamar simples modificaciones formales no tienen más que una pura trascendencia registral concretada a que las nuevas fincas formadas por agrupación, segregación o división obtengan un número propio e independiente en el Registro de la Propiedad. No creemos que para realizar estos actos el marido necesite el consentimiento de su mujer. Se podría sostener, sin embargo, que dichas operaciones constituyen actos de disposición y que, por ello, caen bajo lo ordenado en el nuevo artículo 1.413 del Código civil. En apoyo de este punto de vista podría invocarse la jurisprudencia hipotecaria que con alguna reiteración ha dicho que los actos en virtud de los cuales se modifican entida-

des hipotecarias son, *en principio*, actos de riguroso dominio (cfr. Resoluciones de 28 de julio de 1928, de 23 de febrero de 1929 y de 19 de diciembre de 1942). A nuestro juicio, sin embargo, tales actos, si acaso, podrán ser negocios de disposición (198), porque implican una modificación del objeto del derecho, lo que determina una «división» de éste, pero como esa alteración tiene sólo carácter formal, difícilmente puede sostenerse que son actos de disposición en el sentido de actos de riguroso dominio. Posiblemente se trate de actos que no encajen dentro de la órbita de la simple administración, pero sucede, como antes expusimos, que no todo acto que no sea de pura administración puede estimarse sujeto al requisito complementario del consentimiento «uxoris». Según ya dijimos, hay actos de naturaleza patrimonial que no encajan claramente ni dentro de los actos de administración ni dentro de los actos de disposición. Estos actos deben quedar fuera de la nueva exigencia legal que en modo alguno puede interpretarse extensivamente. Por otra parte, la segregación, agrupación o división horizontal no afectan a la individualidad (física y económica) de la finca, sino sólo a su individualidad jurídico-formal. No hay, por consiguiente, peligro alguno para los intereses de la mujer y sería excesivo e inútil exigir para estos actos su consentimiento.

En los casos contemplados por las resoluciones antes citadas lo que se debatía era si un mandatario con poder para vender podía vender segregando, que es cosa distinta a la de practicar sencillamente una segregación sin enajenar o gravar ni la porción segregada ni el resto de la finca. Dice al respecto la resolución de 28 de julio de 1928, que puesto que el poder de representación se había concedido para vender o permutar una finca, de ahí «se deduce que el objeto del contrato debía ser toda la finca y el comprador único». Es decir que, en realidad, se considera insuficiente el poder, no tanto porque la segregación sea un acto de riguroso dominio, sino por entender que el apoderado sólo estaba facultado para vender toda la finca.

El único problema que puede, pues, plantearse es el de saber si en el consentimiento concedido por la mujer a su marido para vender una finca ganancial se incluye o no la autorización para que pueda venderla por partes. Y es de notar, en este sentido, que la resolución de 19 de diciembre de 1942, entendió que un poder concedido por la mujer al marido, referente a bienes parafernales de la primera, en la que concedía al esposo facultades para vender por «el precio y condiciones que estime», era bastante para que el marido pudiera vender previa la división de la finca, indicando que la frase entrecerrillada revela el propósito de no poner trabas y limitaciones al contrato de venta, toda vez que la palabra condiciones parece emplearse en su aceptación vulgar como sinónimo

(198) En este sentido la doctrina alemana. Cfr. WOLFF, en *Tratado de ENNECKERUS* cit., tomo III-1.<sup>o</sup>, pág. 197, nota 7.

de supuestos, cláusulas, bases u operaciones con arreglo a las cuales podrá realizarse la venta, y entre ellas se encuentra, como previa, la segregación para el caso de que se enajenare sólo una parte de la finca. Agrega, además, que en este caso concurre las circunstancia de que «por ser el mandatario marido de la señora que otorgó el poder, es lícito presumir que se hallaba con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital, y con la natural amplitud que el marido, apoderado en forma auténtica, corresponde corrientemente no sólo como jefe de la sociedad conyugal y representante legal de su mujer, sino como mandatario que se halla en íntima relación con su mandante y de quien puede recibir constantemente instrucciones. Parece evidente que esta doctrina es aplicable «mutatis mutandis» a los casos de autorización concedida por la mujer al marido para que venda fincas gananciales por el precio y *condiciones* que considere conveniente.

Además de las modificaciones puramente formales existen las modificaciones sustantivas, que afecten a la finca como entidad física. Estas modificaciones, sí pueden constituir verdaderos actos de disposición, disposiciones de hecho (199). Pero, como antes expusimos no es fácil arbitrar el medio a través del cual pueda la mujer hacer efectivo su derecho a que tales actos no se realicen sin su consentimiento. Como quiera que los documentos dirigidos solamente a constatar estas modificaciones (declaraciones de obra nueva, manifestaciones de haberse derruido un edificio, divisiones que representen una alteración real y efectiva de la estructura física, etc.), tienen exclusivamente por fin recoger unos hechos y poner de acuerdo el Registro con la realidad física, no creemos que a tales documentos, otorgados unilateralmente por el marido, pueda ponérseles obstáculos. El otorgamiento e inscripción de los mismos no prejuzga ni resuelve el problema de las facultades del marido para realizar la alteración, si para ello no estaba autorizado por su mujer, ni el de los medios que estén al alcance de aquella para remediar, si es posible, lo hecho por el esposo.

#### *B) Actos de disposición sobre derechos reales inmobiliarios.*

Según lo que nos dice el párrafo 10 del artículo 334 del Código civil, los derechos reales constituidos sobre bienes inmueble son también bienes inmuebles. Por lo tanto, los actos de disposición sobre estos derechos reales están comprendidos en el primer párrafo del artículo 1.413 y exigen para su plena eficacia el consentimiento «uxoris».

Esta es, sin duda, la regla general. Pero hay casos en los que no está claro si debe proceder o no la concurrencia de aquel requisito. Las dudas pueden suscitarse por diferente causas: porque sea

---

(199) No todas, naturalmente. No deben reputarse actos de disposición las modificaciones necesarias para la conservación, así como las transformaciones conformes con el destino económico de los bienes.

discutible la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del derecho al que se refiere el acto de disposición, porque sea cuestionable la naturaleza real del derecho, y finalmente porque la exigencia del consentimiento de la mujer pugne con las potestades que de modo general corresponden al marido como administrador y jefe de la sociedad de gananciales. Nos referimos especialmente a las cancelaciones de hipotecas y actos de disposición sobre créditos hipotecarios, y a los supuestos de renuncia al ejercicio de derechos de adquisición preferente.

*a) Cancelaciones de hipotecas y actos de disposición sobre créditos hipotecarios.*

El crédito hipotecario es un ente jurídico complejo en el que cabe distinguir dos elementos, el crédito propiamente dicho y la garantía hipotecaria. El crédito en sí es mueble (supuesto el criterio legal de incluir todos los elementos patrimoniales dentro de la dicotomía muebles-inmuebles). Por el contrario, la hipoteca, según la construcción tradicional contra la que hoy se alzan voces discrepantes (200), es un derecho real inmobiliario, y por lo tanto, un bien inmueble. Así las cosas, el problema está en saber si a los actos de disposición sobre el crédito hipotecario (complejo integrado por un elemento mueble y otro inmueble) hay que aplicarle las normas que regulan (en punto a capacidad y legitimación) la disposición de inmuebles o si, por el contrario, aquellos actos deben regirse (siempre en orden a los puntos expresados) por los preceptos reguladores de la transmisión de bienes muebles. Junto a los actos de disposición que afectan al todo, es decir, al complejo crédito hipotecario, cabe señalar otros que parecen afectar sólo a la garantía (por ejemplo, renuncia total o parcial a la hipoteca, sustitución de la finca hipotecada por otra, división de la hipoteca entre varias fincas en que, a su vez, se haya dividido la finca única hipotecada, etc.). Respecto de estos últimos actos, a primera vista se tiene la impresión de que para llevarlos a cabo hace falta la capacidad o el poder de disposición suficiente para disponer de inmuebles, puesto que sólo se refieren al elemento inmueble de la relación.

Creemos que este es el planteamiento correcto del problema. Para resolverlo preferimos proyectarlo sobre los diferentes supuestos concretos que pueden presentarse, en vez de adelantar «*a priori*» una solución de carácter general. Distinguiremos: cancelación por pago, cesión (a título oneroso se entiende) del crédito hipotecario, cancelación de la hipoteca por causas distintas del pago, y modificaciones de la garantía.

---

(200) Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, en «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 337 y sigs.

*1.<sup>a</sup> Cancelación por pago.*

Si se parte de la base de que el marido está facultado para cobrar el crédito hipotecario por sí solo, y, por consiguiente, que el pago hecho al marido, aun sin que en él intervenga la mujer, es un pago válido que libera al deudor, resulta evidente que el marido podrá (y deberá) cancelar, aunque a ello se oponga su mujer. La hipoteca, extinguida la obligación, ha quedado también extinguida en la realidad jurídica. Subsiste en el Registro, mientras no se practique la cancelación, una simple apariencia de crédito hipotecario que el acreedor *está obligado* a desvanecer. Aceptado este punto de partida no cabe duda de que, como dice LACAL (201), la mujer casada, en las escrituras de cancelación de hipotecas por su esposo, es una especie de «convidado de piedra» sin misión alguna dentro del documento. Admitido que el marido puede cobrar por sí el crédito hipotecario sólo cabe esgrimir argumentos seudo-conceptuales para sostener que la mujer tiene que intervenir forzosamente en la cancelación (202).

---

(201) *La presencia de mujer casada en la escritura de cancelación de hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, pág. 41.

(202) Discrepamos, por lo tanto, de la tesis mantenida por BORRACHERO (cfr. *La mujer casada y las escrituras de cancelación hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», págs. 241 y sigs.) y por LA RICA (*Comentarios* cits., pág. 132, nota 24), según la cual, aunque el marido puede cobrar el crédito, necesita el consentimiento de su mujer para cancelar la hipoteca. BORRACHERO, apoyándose en la tradicional doctrina hipotecaria, entiende que la cancelación de la hipoteca es un acto de disposición en todo caso y, por lo tanto, al referirse a un bien raíz inmueble (lo es la hipoteca por ser un derecho real inmobiliario) requiere el consentimiento de la mujer si el crédito hipotecario es ganancial.

Por nuestra parte opinamos: Que la cancelación de la hipoteca, una vez efectuado el pago (por hipótesis válido) de la obligación que garantiza, no es un acto de disposición y que, aunque lo fuera, podría otorgarse sin el consentimiento de la mujer.

Que la cancelación de la hipoteca, cuando ha sido válidamente pagado el crédito, no es acto de disposición nos parece casi evidente. Acto de disposición (en el sentido de negocio de disposición) es aquel por el cual se transmite, modifica o extiende un derecho patrimonial. Puesto que la hipoteca no es (al menos en nuestro Derecho) más que la garantía de una obligación, y como tal accesoria de la misma, no hay duda de que cuando el crédito se paga la hipoteca queda extinguida porque no tiene razón de ser que continúe con vida una garantía que ya no garantiza nada. La cancelación tiene por fin, en esos casos, poner en armonía el Registro con la realidad para evitar que la fe pública registral, en colaboración con un acreedor sin escrúpulos, juegue una mala pasada al deudor o al dueño de los bienes hipotecados. «Por ser la hipoteca en nuestro sistema, escribe el maestro ROCA SASTRE (*Instituciones* cits., III, pág. 818), un derecho *accesorio* de una obligación principal y que existe en funciones de garantía de la misma, la extinción de la obligación garantizada implica, inexorablemente, la extinción de la hipoteca, salvo los efectos derivados de la fe pública registral a favor del tercer cesionario de un crédito hipotecario extinguido, pero formalmente subsistente en el registro.» «La extinción del crédito, a consecuencia del pago o de cualquier otra causa—sigue ROCA citando a WIELAND—, implica necesariamente la extinción del derecho de hipoteca. No es que la extinción de la obligación atribuya tan sólo una acción perso-

El problema, en realidad, estriba en resolver si el marido tiene facultades para cobrar por sí solo un crédito hipotecario ganancial. Tratándose de pago efectuado al vencimiento (o después del vencimiento) la cuestión, a nuestro modo de ver, debe resolverse afirmativamente. El cobro, para el acreedor, si el deudor, transcurrido el plazo, quiere pagar, es un acto obligatorio, debido. A esta razón, de suyo suficiente (antes hemos expuesto y razonado por qué es improcedente el consentimiento uxoris cuando se trata de

---

nal para compelir al acreedor a que consienta la cancelación de la hipoteca, este consentimiento será necesario para conseguir la cancelación de su inscripción, pero no para extinguir la hipoteca, pues en la realidad jurídica, o sea, sustancialmente, ésta desaparece con el crédito.) Así pues, si la hipoteca se ha extinguido ya a consecuencia del pago, ¿cómo sostener que la cancelación es negocio dispositivo, supuesto que el efecto extintivo (que sería el determinado por el hipotético negocio de disposición) se ha producido con anterioridad? Tampoco, puesto que crédito e hipoteca se han extinguido a consecuencia del pago, cabe entender que la cancelación es acto de disposición en el sentido de acto de riguroso dominio, toda vez que el elemento estable del patrimonio (supuesto que lo sea el crédito hipotecario) ya ha desaparecido o, mejor dicho, se ha transformado antes de que la cancelación se otorgue y a consecuencia del pago.

Sólo hipotetriendo los efectos que surten los asientos registrales se puede llegar a sostener que la cancelación de una hipoteca, extinguida por el pago previo de la obligación garantizada, es un acto de disposición. Pero lo es más, aunque realmente lo fuera, no por ello sería precedente exigir el consentimiento de la mujer para su otorgamiento. La cancelación de tal hipoteca sería un acto de disposición obligatorio, debido. La mujer tendría que prestar *celis nolis* su consentimiento, y el juez, caso de negarse la mujer, debería conceder obligadamente su autorización. La actitud de la mujer, contraria a la cancelación, irrogaría perjuicios y dilaciones al deudor sin beneficio alguno para ella.

En definitiva, lo importante, y de ello nos ocupamos en el texto, es saber si el marido puede cobrar válidamente el crédito hipotecario por sí solo. Si se responde afirmativamente, ¿qué garantía representa para la mujer su consentimiento o la autorización del juez? Exigir estos requisitos para la cancelación de la hipoteca—supuesto el planteamiento que hemos aceptado, o, mejor dicho que acepta BORRACHERO—equivale a ignorar la *ratio juris* del nuevo artículo 1.413 y renunciar a la tarea de interpretarlo y aplicarlo de forma racional. Dice BORRACHERO que aunque la solución que pretende parece un contrasentido, recuerda otro caso en el que ocurre lo mismo y que parece ser que por nadie se discute: el de la cancelación de un crédito hipotecario ya cobrado perteneciente a menores de edad para la que el padre o la madre, titulares de la patria potestad, necesitan autorización judicial. Nosotros, en nuestra modestía, nos permitimos hacer tiempo (cfr. nuestro trabajo *Notas críticas...* cit., pág. 421), contradecir la benda de esta solución. Dijimos, y seguimos pensando lo mismo, que si el titular de la patria potestad puede cobrar el crédito hipotecario no tiene sentido exigir autorización judicial para que cancele la hipoteca. Tampoco responde la autorización judicial a ninguna finalidad, si el crédito fué cobrado, sin cancelar la hipoteca, por el primitivo acreedor de quien es heredero el menor y la cancelación, por lo tanto, ha de ser otorgada por el padre (ejemplo presentado por BORRACHERO).

Prácticamente, el artículo 178 del Reglamento Hipotecario obliga a que los padres tengan que pedir autorización judicial para cobrar y cancelar créditos hipotecarios, lo que ya es otro cantar. Mantuvimos, y seguimos manteniendo, que esta solución, aunque desde un punto de vista práctico

actos debidos) hay que añadir otra. El cobro de un crédito a su vencimiento constituye un acto típico de administración (203). El desenlace normal de la relación crediticia, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, es el pago. El cobro de los créditos a su vencimiento es acto de buena y prudente administración de un patrimonio, que, por consiguiente, ha de poder realizar el marido, cuyas facultades, son notablemente más extensas que las de un administrador ordinario. El cobro de un crédito no compromete la existencia, la individualidad sustancial, ni el valor de un elemento estable del patrimonio. Significa simplemente la recuperación de un capital invertido en el momento previsto para ello. El peligro puede estar en lo que haga después el marido con el dinero recibido, pero esto no afecta a la naturaleza del acto en sí, ni es un problema que tenga peculiaridades especiales en este caso. El cobro de un crédito a su vencimiento es un acto de administración que puede realizar el marido sin que, desde este punto de vista (el del cobro), exista la menor diferencia entre el cobro de un crédito hipotecario y el de un crédito simple, supuesto que las diferencias que existen entre ambos se refieren a la seguridad de que la obligación será hecha efectiva a su vencimiento, pero desaparecen si el crédito, simple o hipotecario, se paga normalmente. El marido puede cobrar los créditos gananciales y, por consiguiente, puede consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que los aseguren, dice exactamente la Resolución de 2 de noviembre de 1959 (204). Y el propio Reglamento hipotecario,

---

fuera aceptable, es contraria al Código civil, y que el Reglamento Hipotecario carece de competencia para modificar preceptos sustantivos.

(203) Desde un punto de vista general el cobro de un crédito a su vencimiento es, sin duda, un acto de administración. Su fin no es otro que el asegurar la conservación, o mejor, la recuperación de un capital. Por ello, es acto administrativo, aunque desde el punto de vista de sus efectos jurídicos se pueda construir como negocio de disposición sobre el crédito. El Código civil presupone que entre las facultades que ostentan los administradores legales de bienes ajenos figura la de percibir los créditos propios de sus representados ya que ninguna limitación especial contiene en este sentido, con la única excepción de los tutores, que necesitan la intervención del prototor para cobrar cantidades superiores a cinco mil pesetas, a no ser que procedan de intereses, rentas o frutos (art. 275-2) y la autorización del Consejo de familia para retirar de su colocación un capital que esté produciendo intereses. Pero se trata de normas excepcionales que no se oponen a que, como regla general, el cobro de créditos deba estimarse acto de administración. Así lo confirma el artículo 1.163, del que se desprende que para cobrar basta la capacidad para administrar.

(204) La doctrina de esta resolución nos parece correctísima, si exceptuamos la afirmación que hace en su último considerando, en el que reitera la antigua tesis del Centro directivo que considera que la cancelación es un acto dispositivo. Nótese, sin embargo, que, en realidad, la antigua doctrina de la Dirección negaba al mandatario facultado para cobrar legitimación para cancelar, y que, en cambio, esta resolución sostiene, respecto del marido, la solución opuesta (esto es, que puede cancelar porque puede cobrar). En materia de representación voluntaria el problema de las facultades del apoderado tiene su centro de gravedad en la interpretación

en su artículo 178, establece que bastará el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas inscritas a su nombre que garanticen créditos gananciales.

Por cierto que la dicción del artículo 178, al referirse al supuesto de *hipotecas inscritas a nombre del marido*, suscita el problema de su aplicabilidad a créditos hipotecarios inscritos después de entrar en vigor la reforma del Reglamento hipotecario por cuanto que el artículo 94 del propio Reglamento impone que las inscripciones de bienes gananciales, o presuntivamente gananciales, cuando adquieran ambos cónyuges o uno de ellos sin expresar la procedencia del dinero, se harán a nombre de los dos esposos, sin expresión de cuotas, y para la sociedad conyugal. Una interpretación rabiosamente literal del artículo 178 del Reglamento puede, pues, llevar a la conclusión de que los créditos hipotecarios inscritos después de la vigencia del nuevo Reglamento, y salvo que se trate de supuestos en que la mujer haya reconocido que el dinero prestado es privativo de su esposo, ya no podrán ser cancelados exclusivamente por aquél, puesto que no se tratará de hipotecas inscritas a su nombre, sino a nombre del marido y de la mujer. LA RICA (205) defiende este criterio y consecuentemente dice que la nueva disposición reglamentaria «sólo tiene una importancia en cierto modo transitoria».

A nuestro juicio, este punto de vista es inaceptable. No hay razón alguna que justifique un diferente trato para los créditos hipotecarios inscritos sólo a nombre del marido (antes de la reforma del Reglamento), sin indicación de la procedencia del dinero, y para los inscritos a nombre de ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que la inscripción conjunta la impone el Reglamento con independencia de toda manifestación de los esposos y aunque la mujer ni siquiera concurra al otorgamiento de la escritura. Tan presuntivamente ganancial es el crédito hipotecario en un caso como en otro y, por consiguiente, o el marido puede o no puede cobrar y cancelar. La respuesta afirmativa tiene que ser válida para las dos hipótesis, o de lo contrario es que en tema de cancelación de hipotecas hay que olvidarse ya para siempre de la lógica y del sentido común. Se nos aducirá que la mujer es titular registral (en virtud de la nueva norma sobre inscripción contenida en el artículo 95) del crédito hipotecario, y por consiguiente si no por imperio del artículo 1.413 del Código civil (ya que hemos convenido, con el «consentimiento» de la Dirección, en que el marido puede cobrar y, por tanto, cancelar créditos hipotecarios como ad-

---

de la voluntad del poderdante. Hay que determinar si quien ha conferido poder para cobrar créditos ha querido referir esta facultad a todos los créditos sin distinción o ha querido excluir los hipotecarios, problema que, de hecho, ha resuelto la Dirección en el sentido de que para cobrar créditos hipotecarios hace falta poder especial. Lo que no tiene sentido es estimar que el mandatario pueda cobrar los créditos hipotecarios de su mandante, y no pueda, sin embargo, otorgar las pertinentes cancelaciones de hipotecas.

(205) *Ob. cit.*, pág. 133.

ministrador de la sociedad conyugal), si por actuación del principio hipotecario, que obliga que los actos de disposición sobre bienes o derechos inscritos emanen del titular registral el consentimiento de la mujer resultará ineludible. De nuevo tropezamos aquí con la hipertrofia de los principios hipotecarios. La exigencia que obliga a que los actos dispositivos para ser inscritos (y volvemos a negar que la cancelación por pago a su vencimiento sea un verdadero acto de disposición) deben emanar del titular registral, regla que no es sino una consecuencia, como ha puesto de relieve SANZ (226), del principio de legitimación, no se infringe en realidad aquí. Los bienes inscritos a nombre de marido y mujer por aplicación de la regla primera del artículo 95 lo están «para la sociedad conyugal», es decir, prácticamente, a nombre de la comunidad que constituyen los esposos casados bajo el régimen de gananciales. Por consiguiente, basta que el acto se otorgue por aquel de ambos cónyuges que de acuerdo con las normas de derecho sustantivo tenga facultades para realizarlo.

LA RICA (227) dice que a los créditos hipotecarios inscritos después de la reforma del Reglamento no les será aplicable el último párrafo del artículo 178 por la sencilla razón de que estas hipotecas se han de inscribir a nombre de ambos cónyuges, y la cancelación por consiguiente, y conforme al artículo 96, se ha de otorgar también con el consentimiento de los dos. El argumento no sirve porque, por fortuna, el artículo 96 del Reglamento no dice lo que cree LA RICA. Dice que «los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo anterior (es decir, los inscritos a nombre de ambos cónyuges) se regirán por las normas de los bienes gananciales», que es cosa muy diferente a que han de otorgarse con «el consentimiento de ambos cónyuges». El Reglamento consciente, por una vez, de lo limitado de sus atribuciones, se remite a las normas de derecho sustantivo. Estas, como hemos visto, llevan a la conclusión, rectamente interpretadas, de que el marido puede por sí cobrar y cancelar créditos hipotecarios gananciales, y, por supuesto, no autorizan en modo alguno a hacer distingos según que la inscripción se haya practicado a nombre de ambos cónyuges o de uno sólo si no hay ninguna indicación sobre la procedencia del dinero. Tampoco es exacto que, como dice LA RICA, la nueva disposición del Reglamento se traduzca «en no haber dado efecto retroactivo en los casos de cancelación por pago, a las normas del nuevo artículo 1.413 del Código civil». Basta para desvirtuar esta afirmación el hecho de que entre la entrada en vigor de la reforma del Código y la del Reglamento ha mediado casi un año, durante el cual se habrán practicado multitud de inscripciones, a nombre del marido, de créditos hipotecarios presuntivamente gananciales, constituidos después de la reforma del Código.

(226) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 150.

(227) Obra y lugar citados.

civil (y a los que, por tanto, es aplicable dicha reforma), hipótesis que está terminantemente incluida en la pura dicción literal del artículo 178. Si la función del artículo 178 fuera privar de efectos retroactivos al artículo 1.413 se habría excluido, por tanto, no sólo la retroactividad de grado medio (créditos hipotecarios constituidos antes de la reforma del Código y pagados y cancelados después o pagados antes y cancelados después), sino también la retroactividad de grado mínimo, es decir, vendría a establecerse que los maridos casados antes de la reforma no necesitan consentimiento de su mujer para cancelar créditos hipotecarios. Pero entonces, y siempre supuesto que del artículo 1.413 reformado resultara la necesidad de ese consentimiento, nos quedaríamos sin saber por qué se dispensa distinto trato a la cancelación de créditos hipotecarios (para los que no tendría efecto retroactivo el nuevo artículo 1.413 si el matrimonio se celebró antes de la reforma) y a los demás actos de disposición, y, por otra parte, no se alcanza la razón en virtud de la cual esta limitación de los efectos retroactivos queda circunscrita a los créditos inscritos antes de la reforma del Reglamento aunque se hayan constituido después de modificado el artículo 1.413. Además y finalmente, ¿cómo puede el Reglamento hipotecario dar o quitar efecto retroactivo a un precepto del Código civil.

El último párrafo del artículo 178 del Reglamento debe ser interpretado en el sentido de que las cancelaciones otorgadas unilateralmente por el marido no serán posibles cuando el crédito hipotecario esté inscrito a nombre de la mujer, bien con carácter dotal o parafernado, bien con carácter presuntivamente ganancial, pero habiendo confesado el marido la procedencia privativa del dinero o de los bienes determinantes de la adquisición del crédito, casos éstos en que la presunción está parcialmente enervada (208).

No es igualmente claro que el cobro de un crédito hipotecario, antes de su vencimiento, sea también un acto de administración (209). Por una parte, inclina el ánimo a la negativa la consideración de que el cobro anticipado retira de su colocación un capital bien asegurado que estará normalmente produciendo intereses (cfr. artículo 269-9 del Código civil, que parece responder a este criterio). De aquí se sigue, sin embargo, que cuando el crédito no los produzca (210) el acto continuará siendo acto de administración.

---

(208) Tenemos entendido, aunque, naturalmente, no respondemos de la exactitud de la versión, que el último párrafo del artículo 178 se redactó cuando aún no estaba corfeccionado el nuevo artículo 95. Si esto fuera cierto, la expresión «hipotecas inscritas a nombre del marido» serían un *lapsus* de los autores del Reglamento. Pero, haya o no habido *lapsus*, creemos que las razones que han quedado expuestas en el texto bastan para amparar la solución que proponemos.

(209) No es, además, un acto debido si el plazo se ha establecido en beneficio del deudor y del acreedor, lo cual se presupone, según establece el artículo 1.127 del Código civil.

(210) La hipótesis no es, hoy, tan anormal. En las ventas de pisos,

E incluso, aunque se trate de un crédito productivo, es dudoso que la recuperación del capital, antes del momento previsto, pueda estimarse acto de disposición, pues los intereses perdidos hasta que se realice una nueva inversión pueden estar sobradamente compensados con la depreciación que hubiera experimentado el capital de haber aguardado al cumplimiento del plazo, especialmente si aún faltaba bastante tiempo para el vencimiento. Ni el artículo 178 del Reglamento ni la Resolución de 20 de diciembre de 1959, distinguen entre pago al vencimiento y pago anticipado (la resolución se refería, sin embargo, a un supuesto de pago efectuado después del vencimiento), y ello es un fuerte argumento a favor de que el marido pueda cancelar por sí solo, tanto si el pago se produce al vencimiento como si tiene lugar anticipadamente. No sólo porque se puede invocar el aforismo de que cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir, sino porque además, y, según antes expusimos, en la duda sobre si el marido necesita o no el consentimiento de su mujer para realizar un determinado acto, debe estimarse que dicho consentimiento no es necesario. Supuesto que el marido pueda cancelar en caso de cobro anticipado, ¿podrá liberar parte de los bienes hipotecados? Habrá que contestar afirmativamente cuando nos encontramos en el caso previsto por el artículo 124 de la Ley Hipotecaria (pago de la cantidad por la que responde una de las fincas entre las que se haya dividido la hipoteca). En otro caso, la cuestión depende de que admitamos o neguemos la potestad del marido para modificar la garantía hipotecaria. Si la negamos habrá que negar igualmente que el marido pueda otorgar una cancelación que libere parte de los bienes hipotecados; ya que la reducción de la obligación garantizada no impide que la hipoteca, por el resto, continúe pesando íntegramente sobre los bienes hipotecados (artículo 122 de la Ley Hipotecaria) sin que el deudor tenga otro derecho que el de exigir la cancelación cuantitativa.

*2.º Cesión del crédito hipotecario.*—La cesión de créditos hipotecarios no es hoy demasiado frecuente. Fiscalmente es más barato cancelar el crédito hipotecario y constituir otro por igual importe. Pero hay que recurrir a la cesión cuando no sea posible o resulte muy difícil constituir una nueva hipoteca (por ejemplo, si el deudor ha muerto y los herederos no son conocidos, o no están de acuerdo, o si el deudor ha devenido incapaz, o si el hipotecante o su esposa no quieren que se constituya la nueva hipoteca, etc.).

Aunque la cesión de un crédito hipotecario, hecha por el nominal, equivale prácticamente a un cobro anticipado, el mecanismo jurídico de la operación hace más difícil que pueda verse aquí un acto de administración. El artículo 178 del Reglamento hipoteca-

---

los plazos pendientes no devengan intereses muchas veces. Por otra parte, ya hemos subrayado antes que los preceptos relativos, en este punto, a las facultades del tutor no son por regla general aplicables a los administradores legales de bienes ajenos.

rio no resulta aplicable a esta hipótesis, pues se refiere exclusivamente a cancelaciones por pago.

Parece, pues, que ha llegado la hora de abordar sin ninguna clase de rodeos el problema que apuntábamos al comienzo: Los actos de disposición sobre el complejo crédito hipotecario ¿han de regirse (*en cuanto a la capacidad o el poder legal de disposición necesarios para realizarlos*) por las normas que regulan la disposición de inmuebles? ¿Cuál de los dos elementos, crédito (inmueble), hipoteca (inmueble según la concepción tradicional), debe imponer su primacía sobre el otro?

A nuestro juicio, para resolver el problema (211) hay que partir de un principio claramente formulado por nuestro derecho positivo. De los artículos 1.528 y 1.868 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria resulta que la hipoteca es una garantía accesoria de una obligación (212).

El llamado dogma de la accesoriad de la hipoteca no gusta a algunos hipotecaristas. A nuestro juicio, sin embargo, la hipoteca es siempre accesoria y no puede ser de otra manera. Esto no tiene nada que ver con varios hechos evidentes e indiscutibles como son que la responsabilidad real suela interesar más que la personal, que ambas responsabilidades puedan disociarse, o que haya responsabilidad real sin asomo de responsabilidad personal. Lo que en realidad se quiere decir al afirmar el carácter accesorio de la hipoteca es que dicha figura jurídica tiene por función servir de garantía a un crédito. Así sucede, a nuestro juicio, aun en aquellos supuestos en que no hay más que responsabilidad hipotecaria (deuda inmobiliaria alemana o hipoteca de responsabilidad limitada española, de tan precaria vida, por cierto, en nuestra realidad jurídica). Lo que se pretende en estos casos es, también, asegurar el derecho a la percepción de una determinada suma de dinero que debe proporcionar, en primer lugar, una persona (el dueño de los bienes hipotecados) y que, en caso contrario, se obtiene mediante la ejecución forzosa sobre la finca. Si en esas instituciones (deuda inmobiliaria e hipoteca de responsabilidad limitada) no vemos más que un derecho de realización de valor, tendremos que admitir que *si el dueño de la finca paga, el derecho habrá quedado satisfecho sin haber sido ejercitado* (ya que no se ha procedido a la realización, mediante su enajenación, del valor en cambio de la finca). Curioso fenómeno éste. Para salir del atolladero, es decir, para explicar y justificar por qué el título y concepto adquiere el dinero el titular de la hipoteca, se acude al expediente del rescate. El propietario «compra» el derecho de realización de valor que pesa sobre

(211) Sabemos de antemano que nuestros puntos de vista no serán fácilmente aceptados.

(212) Así lo reconoce la Resolución de 20 de noviembre de 1959. En realidad, literalmente, la Resolución dice lo contrario, pero se trata, evidentemente, de un error de redacción, como demuestra la cita de los preceptos invocados en el texto y la construcción general del considerando.

su finca. Pero por este procedimiento se convierte lo que constituye el desenlace normal de la relación en un medio extrínseco y artificial de extinguirla. Se transforma lo que es un acto clarísimo de administración (el cobro a su vencimiento del capital invertido) en un acto de disposición. Acto de disposición forzoso para el titular de la hipoteca, lo que tampoco está muy justificado si en la hipoteca hemos de ver tan sólo un derecho de realización de valor. El artificio del rescate excluye, sin motivo suficiente, la aplicación de las normas reguladoras del pago, lo que puede tener importancia, especialmente, si se sostiene que el pago no constituye un negocio jurídico. A todo esto se llega por no admitir que el centro de gravedad de la relación, desde el punto de vista del interés protegido, estriba en el derecho a percibir una cierta suma de dinero, que es, en síntesis, la medula de los créditos pecuniarios. La responsabilidad patrimonial universal es un efecto que acompaña normalmente a la obligación en el derecho moderno, pero no es un presupuesto conceptual de ella. No hay inconveniente en que la responsabilidad se limite a ciertos bienes, y el derecho positivo admite casos en que así ocurre, siendo cuestión diferente la de saber hasta qué punto y en qué medida deben admitirse estas excepciones a la regla general. Tampoco hay por qué escamotear el crédito por el hecho de que la sujeción que entraña la ejecución forzosa llegado el incumplimiento se antice al comienzo de la relación que es cabalmente lo que ocurre en la hipoteca. Sea ésta o no de recho real, su función es siempre, repetimos, la de servir de garantía a un crédito.

Nosotros hace tiempo que nos alistamos en las filas de los que creen que la hipoteca no es un derecho real. Hoy, después de diez años de haber defendido esta postura (213) seguimos manteniendo en lo sustancial, la misma tesis que entonces, rectificando únicamente lo absoluto de la afirmación de que la hipoteca es (como garantía) una institución que pertenece por completo al derecho procesal. La hipoteca, en realidad, crea, desde que se constituye, una amenaza de resolución sobre la titularidad de los bienes hipotecados; tiene, en este sentido, una dimensión que se proyecta sobre el derecho sustantivo, y precisamente por ello la constitución de una hipoteca es un acto de disposición de derecho material. Pero, en lo demás, siguen siendo válidas, a nuestro juicio, las razones que en su día expusimos para demostrar que la hipoteca y los derechos reales, propiamente dichos, son categorías completamente heterogéneas.

Sin necesidad de apurar este argumento, heterodoxo para la mayoría, a nosotros nos parece que no es procedente aplicar a la cesión de créditos hipotecarios las normas que regulan la transmisión de bienes inmuebles. El derecho positivo nos dice terminantemente que la hipoteca es *accesoria* de un crédito. Llegó la apli-

(213) Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas..., etc., cit.*

cación del principio jurídico de que lo accesorio sigue a lo principal debe llevar a la conclusión de que si se transmite el crédito hipotecario las normas que han de regir la transmisión son las que se refieren al elemento principal de la relación, salvo que haya preceptos especiales que establezcan otra cosa. Confirman este criterio el hecho de que la función de la hipoteca sea, única y exclusivamente, servir de garantía a un crédito. El derecho subjetivo, en ambos casos, tiene por fin proporcionar a su titular un mismo bien, ya mediante el procedimiento normal o fisiológico del pago ya mediante el procedimiento quirúrgico de la ejecución forzosa. El crédito hipotecario está mejor garantizado que el crédito simple, pero es crédito. Por todo ello, y así resulta claramente del artículo 1.528 del Código civil, en la cesión de créditos hipotecarios, el objeto principal de la disposición es el crédito aunque con él se entienda cedida también la hipoteca, la cual por su condición de mera garantía no puede ser objeto independiente y autónomo de transmisión (214). Por consiguiente, si el objeto principal de la disposición es el crédito y la transmisión de la hipoteca es una simple consecuencia de la cesión de aquél, deben ser las normas que regulan la cesión de créditos, en general, las que se apliquen a la cesión de créditos hipotecarios, y sólo entrarán en juego las que disciplinan las transmisiones inmobiliarias cuando existan preceptos concretos que así lo establezcan. Estos preceptos se reducen al artículo 149 de la Ley hipotecaria, que exige para la cesión de cridi-

(214) Por esto, la subhipoteca—como puso de relieve acertadamente DÍEZ PASTOR, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1930, página 446—, no es el fondo más que una prenda del crédito hipotecario. No nos convence la construcción de ROCA SASTRE (*Instituciones civiles*, III, págs. 289 y sigs.), quien trata de construir como figuras diferentes la subhipoteca y la prenda de créditos hipotecarios. Aunque en la subhipoteca, como cree Roca, el acreedor subhipotecario pudiera sólo subrogarse en el ejercicio de la acción hipotecaria (y no en la personal), no por ello dejaría de ser el crédito, y no sólo la hipoteca, el objeto de la garantía. Si la subhipoteca sólo afectara a la hipoteca subhipotecada dejando intacto el crédito (sobre todo, si se acepta la teoría de la hipoteca-derecho de realización de valor) no tendría clara explicación por qué el acreedor subhipotecario (previa la notificación al deudor) puede impedir el pago al acreedor subhipotecante, ni por qué está facultado, si el deudor paga, para cobrar él y quedarse con lo pagado en concepto de prenda irregular, ni por qué el pago hecho al acreedor subhipotecario, que según esta concepción no tiene derecho alguno sobre el crédito, libera de todos modos al deudor. Estos resultados sólo se explican admitiendo que el derecho del acreedor subhipotecario se refiere al crédito subhipotecado (o mejor pignorado), aunque, en el supuesto de ejecución forzosa, sólo pueda ejercitarse la acción hipotecaria y no la personal, lo que tampoco nos parece demasiado diáfano. La causa de la confusión quizás estribé en creer que el desenlace obligado de la prenda de créditos es la enajenación del crédito pignorado, y como esto no es posible con relación a la hipoteca, aisladamente considerada, por ello, se pretende hacer de la subhipoteca una institución netamente diferenciada de la prenda de créditos. Pero, como ha demostrado DÍEZ PASTOR, también en la prenda de créditos los derechos del acreedor subpignoraticio pueden traducirse en el ejercicio del crédito pignorado y no en su enajenación.

tos hipotecarios la escritura pública y la inscripción, además, de la notificación al deudor. Requisito éste, por cierto, requerido para la cesión de cualquier crédito, demostrando su reiteración que la calidad de hipotecario en el crédito cedido no excluye que se apliquen las normas reguladoras de la cesión de créditos. Aunque el objeto principal de la disposición sea el crédito, y la transmisión deba regirse por las normas que regulan la cesión de créditos, en general, ello no se opone a que la escritura y la inscripción en el Registro sean requisitos especiales de la cesión de créditos hipotecarios, formalidades que, por lo demás, son perfectamente compatibles con aquellas normas. Los efectos de la cesión sólo alcanzan a la hipoteca por su condición accesoria (215), pero es lógico, no obstante, que se reflejen en el Registro de la Propiedad. La buena organización del crédito territorial exige que se pueda conocer con toda certidumbre, y por el Registro mismo, quien es el titular del crédito garantizado con hipoteca (216).

En síntesis: entendendemos que la condición inmueble de la hipoteca (que sólo es tal, de acuerdo con la concepción clásica) no puede prevalecer sobre la naturaleza mueble del crédito, al menos mientras se trate de actos que tengan al crédito por objeto primordial y directo (217). En la cesión de créditos hipotecarios, por consiguiente, deben bastar la capacidad o el poder legal de disposición que se exigen para otorgar actos dispositivos sobre

---

(215) Como dice DÍEZ PASTOR (*Loc. cit.*, pág. 447) refiriéndose a la subhipoteca.

(216) La notificación al deudor, como instrumento de publicidad, es insuficiente.

(217) No parece posible sostener que la condición inmobiliaria de la hipoteca (elemento accesorio) borre la naturaleza mueble del crédito para llegar a la conclusión de que el complejo crédito-hipotecario, es, por completo, inmueble. Ello sería contrario al axioma jurídico *accessorium sequitur principale* principio elemental de la organización jurídica que sólo puede ser derogado por preceptos terminantes y expresos. Por esto no cabe invocar (para sostener que el crédito hipotecario es inmueble) la interpretación extensiva, o a *sensu contrario*, de algún artículo, como el 336 del Código civil. El artículo 336 dice que las pensiones vitalicias o hereditarias son muebles, salvo que graven con carga real un inmueble. No está claro a qué tipo de carga real se ha querido referir aquí el Código, como no sea a los censos (perpetuos los constituidos después de entrar en vigor el Código) ya que la hipoteca en garantía de rentas o pensiones periódicas no está regulada por nuestro primer cuerpo legal (en el que sólo se registran vagas alusiones a la misma). Por otra parte, el propio artículo 336 agrega que se reputan muebles las cédulas o títulos representativos de préstamos hipotecarios. Frente a la interpretación a *contrario* según la cual, en los demás casos (es decir, cuando no se trate de cédulas u obligaciones hipotecarias), el préstamo garantizado con hipoteca debe considerarse inmueble, se puede oponer la consideración de que es absurdo que la naturaleza mueble o inmueble del derecho se haga depender, a todos los efectos, de su incorporación a un título valor, lo que únicamente debe tener trascendencia, desde el punto de vista de los requisitos formales de la transmisión y de la legitimación, para su ejercicio. En realidad el artículo 336 no se pronuncia de modo general sobre la naturaleza mueble o inmueble del crédito hipotecario.

bienes muebles (218). El marido, pues, podrá otorgar actos de disposición a título oneroso sobre créditos hipotecarios que tengan carácter ganancial de la misma forma que puede disponer de los demás créditos que pertenezcan a la comunidad conyugal. En la duda sobre la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del bien ganancial hay que admitir que el marido pueda disponer (a título oneroso, naturalmente), del bien en cuestión. El nuevo artículo 1.413 del Código civil en cuanto limita, para ciertos actos, las potestades dispositivas del marido tiene que ser interpretado, una vez más lo repetimos, restrictivamente. La misma Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 pone de relieve que el legislador no pensaba en estos «pseudo-inmuebles», cuando concedió a la mujer el derecho de consentir u oponerse a ciertos actos de especial gravedad para el patrimonio familiar. «Se ha tenido presente—dice la Exposición de Motivos—que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico son los que, de ordinario, encarnan valores de uso y afección muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia.» No parece que estas consideraciones quepa referirlas a los créditos hipotecarios. La colocación del dinero ganancial en préstamos hipotecarios y el manejo de los capitales invertidos mediante el cobro o cesión (que, generalmente, representa un cobro anticipado) de los créditos, no debe entenderse sustraída a las amplias facultades de gestión económica que todavía la Ley confía al marido.

3.<sup>o</sup> *CANCELACIÓN POR CAUSAS DISTINTAS DEL PAGO O MODIFICACIONES DE LA GARANTÍA.*—La necesidad de que el marido obtenga el consentimiento de su mujer para realizar estos actos puede defenderse con argumentos de mucha fuerza. En primer lugar, el acto —se dirá—no afecta ya al crédito, sino sólo y exclusivamente a la garantía. No puede, pues, aducirse la razón de que por ser la hipoteca accesoria del crédito deben tener preferencia las normas

(218) Se nos podría objetar que, de acuerdo con nuestra argumentación, debiera ser suficiente para constituir hipotecas la capacidad para contraer la obligación garantizada puesto que ésta es el elemento principal y la hipoteca lo accesorio. La objeción no sería válida. En materia de constitución de hipotecas sí que hay normas especiales que regulan la capacidad para imponerlas.

Se puede carecer de capacidad para celebrar un determinado negocio y, sin embargo, ser capaz para ceder los derechos derivados del mismo. El menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo (es decir, no puede válidamente obligarse a título de préstamo), pero puede prestar dinero y ceder el crédito nacido del contrato que ha celebrado como prestamista. La constitución de una hipoteca limita la titularidad de un inmueble «de verdad» y es, sin ninguna duda, un acto de disposición sobre inmuebles. El error ha consistido en creer que toda limitación o condición impuesta a la titularidad de un inmueble da lugar al nacimiento de un derecho real. La artificial conversión de la hipoteca en derecho real conduce a este dilema: o se deja de tener en cuenta la naturaleza real de la hipoteca cuando se trata de disponer del crédito hipotecario, o se tiene que pasar por la violencia, mucho mayor, de que el elemento accesorio de la relación imponga su condición al principal.

que al crédito se refieren. En segundo término, hay otra consideración de tipo práctico. Así como el cobro del crédito, incluso el cobro anticipado, y hasta la cesión (por el nominal) son actos que en sí no causan perjuicio a la sociedad de gananciales (el perjuicio en estos casos puede venir determinado por el empleo que el marido dé al dinero recibido), las modificaciones de la garantía pueden representar por sí mismas un perjuicio, incluso grave, si repercuten en la seguridad de que la obligación será hecha efectiva a su vencimiento. Por último, el artículo 178 del Reglamento hipotecario, al establecer que el marido necesita el consentimiento de su mujer para la cancelación por pago, está evidenciando que tal consentimiento es necesario para las cancelaciones que tengan otra causa y, en general, para los actos que impliquen una modificación de la garantía hipotecaria.

Nos hacemos cargo del valor de estas razones y estamos casi seguros de que prevalecerán en la práctica. En nuestra personal opinión no son, sin embargo, decisivas. Sea o no la hipoteca un derecho real, lo cierto es que su naturaleza accesoria, su función de garantía, determinan necesariamente una consecuencia. Esta consecuencia es la de que fatalmente todo acto de disposición sobre la garantía no es en el fondo más que acto de disposición sobre el propio crédito. No se trata de un acto que extinga el crédito por consumción (como el cobro) o por enajenación (como la cesión), ni que afecte a sus condiciones económicas (cuantía, plazo, interés, etc.). Pero se trata de un acto que trasciende a una de sus cualidades esenciales: la posibilidad de hacerse efectivo mediante la ejecución hipotecaria. Sólo porque repercuten, o pueden repercutir, en la seguridad del crédito o en la simplicidad o complejidad del procedimiento a seguir para exigir coactivamente su cumplimiento, es por lo que tienen importancia económica y jurídica los actos que entrañen una modificación de la hipoteca. Supuesto que se admite la potestad del marido para disponer del crédito hipotecario hay que admitir también que pueda otorgar, sin consentimiento de su mujer, estos actos, que en realidad son también actos de disposición sobre el crédito. Volvemos a insistir en que no parece que sean estos inmuebles (en el supuesto de que realmente puedan considerarse así) los que han polarizado la atención del legislador, cuando se ha decidido a introducir en nuestra sociedad de gananciales el consentimiento *uxoris*. Los únicos actos que, a nuestro entender, caen fuera de las potestades del marido, serán aquellos que entrañen una concesión graciosa para el deudor. Aunque no pueda verse en ellos una donación propiamente dicha, sí son una disposición (en el sentido antes expuesto), gratuita. En tema de liberalidades, la Ley no ha concedido al marido más facultades que las que excepcionalmente señala el artículo 1.415. La interpretación restrictiva se impone también aquí, pero en sentido contrario a las potestades del marido. Ahora bien, cuando se trate de actos que nada tengan que ver con una liberalidad

(por ejemplo, sustitución de la finca hipotecada, división de la hipoteca entre las varias fincas en que se haya fragmentado la inicialmente hipotecada, nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria, etc.), el marido, en nuestro sentir, puede realizarlos por sí solo.

Resumiendo cuanto llevamos dicho, entendemos: *Primer*o, que es muy claro, a nuestro juicio, que el marido pueda cobrar (especialmente al vencimiento) los créditos hipotecarios gananciales y, en consecuencia, cancelar las hipotecas correspondientes. Estamos en presencia de un acto típico de administración que entra en las facultades del marido cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la hipoteca. *Segundo*, es menos claro, que el marido pueda realizar actos de disposición sobre el crédito hipotecario, especialmente si el acto consiste en modificaciones de la garantía. Con todo, y a nuestro juicio, debiera prevalecer también la solución afirmativa.

*Extinción de otros derechos reales.*—Generalmente la extinción de los derechos reales inmobiliarios se produce por causas que operan de un modo automático o por ministerio de la ley (expiración de plazo, cumplimiento de condición resolutoria, consolidación, pérdida, prescripción, etc.). Está claro que por su propia naturaleza estas causas extintivas nada tiene que ver con los problemas que plantea el consentimiento *uxoris*. Por el contrario, la extinción por mutuo acuerdo o por renuncia del titular, implican, sin duda alguna, un acto de disposición que requiere el consentimiento de la mujer. Hay un caso, sin embargo, en que puede suscitarse la duda: es el de la redención de un censo cuando el censatario haga uso del derecho que le conceden los artículos 1.630 y siguientes del Código civil. A nuestro juicio, y según fácilmente puede colegirse de todo lo que hasta aquí llevamos dicho, tampoco en este caso necesitará el censualista consentimiento de su mujer para recibir el capital del censo y dar la relación por extinguida. Del artículo 1.608 del Código civil resulta con toda evidencia que el censatario tiene derecho a imponer la redención al censualista. Consentir ésta y recibir el capital, cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por el Código, para que el censatario pueda ejercitar el derecho (que en este sentido le corresponde, es un acto obligatorio para el censualista y, por consiguiente, puede cumplirlo sin consentimiento de su mujer en virtud de las razones que, con relación a los actos debidos, hemos expuesto antes (219))

---

(219) Respecto de los actos de disposición voluntarios otorgados por el censualista (especialmente transmisión del censo), la cuestión de su potestad para llevarlos a cabo, sin consentimiento de la mujer, depende de que construyamos o no el censo (por lo que se refiere a la posición jurídica del censualista) como derecho real. Con relación al censo enfiteútico, y en términos de riguroso derecho positivo, no parece que pueda cabrer ninguna duda ya que nuestro Código se inspira todavía en la antigua concepción del dominio dividido, concepción a la que responde el complejo de

Dentro del capítulo referente a la extinción y, en general, a la disposición de derechos reales inmobiliarios, creemos obligada una referencia al derecho del arrendatario de bienes inmuebles.

La posibilidad de otorgar actos de disposición sobre el derecho arrendatario es evidente. La transmisión o cesión del derecho arrendatario es posible con el consentimiento del arrendador y, a veces, sin ese consentimiento (220). El arrendatario puede también disponer de su derecho por vía de renuncia conviniendo su extinción con el arrendador, o no ejercitando el derecho (legal o convencional) a prorrogarlo.

Es de evidente interés investigar si estos actos, cuando el derecho arrendatario sea ganancial, puede realizarlos el marido sin contar con su mujer o se necesita, para llevarlos a cabo válidamente, el consentimiento de aquélla. La solución depende, en principio, de la naturaleza personal o real que haya que atribuir al derecho del arrendatario.

Excedería totalmente de los límites que razonablemente debe tener este trabajo que trajésemos aquí a colación, con todo detalle, la enconada polémica doctrinal en torno al problema de la naturaleza del derecho arrendatario (221). A nuestro juicio, el derecho arrendatario, tanto por el interés que tutela como por las facultades

---

facultades que tiene el censualista. En el censo reservativo y en el consignativo la cuestión varía. Nosotros nos hemos mostrado partidarios de la construcción obligacionista de cierta figuras jurídicas (las llamadas obligaciones *proper rem* o *scriptas in rem*) dentro de las que se pueden encajar los censos (Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas...* cit., págs. 407 y sigs.). En lo sustancial continuamos fieles a lo que entonces sostuvimos. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho positivo creemos que hay que atribuir naturaleza real al derecho del censualista. Y no está señalado—a diferencia de lo que sucede en la hipoteca—el carácter accesorio del gravamen real respecto de la obligación personal. Posiblemente se tiene en cuenta que la titularidad pasiva de la relación está vinculada a la propiedad de la finca gravada. La pensión actual y las futuras que se vayan devengando, sólo se pueden reclamar del dueño de la finca gravada. La acción personal únicamente se admite para el cobro de las pensiones atrasadas, de las que debe ser personalmente responsable aquel que fué propietario de la finca cuando dichas pensiones se devengaron (aunque otra cosa entendiera el Tribunal Supremo en un caso particular. Cfr. sentencia de 16 de diciembre de 1925 y la crítica de CASTÁN, en *Ob. cit.*, II, pág. 311).

Estas razones no son, a nuestro entender, bastantes (pues la accesoriaidad de las llamadas cargas reales no depende, creemos, de que la responsabilidad personal, si existe, se transmita o no con la responsabilidad real), pero a ellas se debe probablemente que el derecho positivo estime que estos gravámenes no son accesorios de una obligación personal.

(220) Así ocurre en el traspaso de locales de negocio, cumpliendo los requisitos de la LAU, en la cesión de vivienda a título gratuito en los casos permitidos por la propia LAU. Los arrendamientos regulados por el Código civil pueden cederse sin el consentimiento del arrendador, pero la cesión no opera la subrogación total del cessionario en la relación arrendataria.

(221) Una exposición detalladísima de las distintas posiciones, y un examen exhaustivo—como todos los suyos—de los argumentos en pro y en contra puede verse en VALLÉS: *Hipoteca del Derecho arrendatario*, págs. 11 y sigs.

que atribuye a su titular, debe ser considerado verdadero y propio derecho real, razones que, tratándose de arrendamientos regulados por las leyes especiales que disciplinan el inquilinato y el colonato, adquieren un mayor valor por cuanto que se dispensa al arrendamiento una protección igual, y en algunos casos superior, a la que gozan los derechos reales en general. Sin embargo, la mayoría de los autores creen que el arrendamiento continúa engendrando únicamente relaciones obligacionales, y acuden a diferentes expedientes para explicar las que, para nosotros, son claras manifestaciones de un carácter real. Se niega la «inmediatidad» del goce del arrendatario y se afirma que la derogación del sistema de *Lex Emptorem* no es la última fase de la evolución del instituto hacia el campo de los derechos reales, sino que constituye, simplemente, una subrogación, impuesta por la ley, en los derechos y obligaciones nacidos del contrato. La Jurisprudencia se ha mostrado muy vacilante. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha negado al derecho arrendaticio la consideración de derecho real, que sólo admite cuando se trata de arrendamientos pactados con muy larga duración y posibilidad de inscripción en el Registro (cfr. Sentencias de 9 de junio de 1933 y 24 de abril de 1941, entre otras). Es más concluyente el criterio de la Dirección General de los Registros que hace depender de la inscripción el carácter personal o real del arrendamiento (cfr. Resoluciones de 20 de noviembre de 1900, 12 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1906, 26 de abril de 1907, 15 de junio de 1929, etc.). Respecto de los arrendamientos regulados por las leyes especiales la jurisprudencia, sin pronunciarse de un modo rotundo sobre la cuestión, parece, sin embargo, mantener el criterio tradicional, según vimos al ocuparnos del problema de la capacidad para concertar estos arrendamientos.

Desde luego, y si prospera definitivamente la tesis personalista del derecho arrendaticio, habrá que llegar a la conclusión de que el marido está facultado para disponer, ampliamente, del arrendamiento, sin necesidad del consentimiento de su mujer.

A nuestro juicio y desde el punto de vista de la Ley de 20 de abril de 1958, estaría plenamente justificado que el marido tuviera que contar con su mujer para disponer del derecho arrendaticio, al menos, en ciertos casos. Justificación bastante más sólida que la que pueda tener aquella exigencia en otros supuestos. Y, sin embargo, es de prever que se niegue la procedencia del consentimiento *uxoris* en los actos de disposición sobre derechos arrendaticios, por sostener que este derecho tiene naturaleza simplemente personal. Una vez más se pone de relieve cuán equivocado es centrar la solución de problemas jurídicos en construcciones conceptuales sobre la naturaleza de las instituciones. Claro, que en nuestro tema, el principal culpable es el propio artículo 1.413 que implícitamente obliga a seguir ese erróneo criterio.

Si se reconociese el carácter real del derecho arrendaticio ha-

tría que admitir igualmente la necesidad de que el marido, para disponer de él, obtuviera el consentimiento de su mujer. Con todo no estaría claro que el marido lo necesitase para extinguir el arrendamiento, bien por convenio con el arrendador, bien mediante denuncia unilateral cuando ello sea posible. El problema lo plantea la inserción del derecho arrendaticio en un contrato bilateral de trácto sucesivo, susceptible de ser prorrogado indefinidamente, o durante uno o varios períodos determinados a voluntad del arrendatario. A nuestro juicio la renuncia (convenida con el arrendador) no sería válida durante la vigencia del plazo contractual. Tampoco durante las prórrogas igualmente contractuales (expresas o tácitas) concertadas por las partes. Pero, ¿y la prórroga legal? ¿Puede el marido renunciar a ella o desistir de ejercitárla sin el consentimiento de su mujer?

Indudablemente es el marido quien tiene que decidir si el contrato se prorroga o no. La prórroga implica la asunción de nuevas obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales, obligaciones que sólo el marido está facultado para contraer. Esto está muy claro tratándose de arrendamientos rústicos, pues en todos ellos la prórroga o prórrogas son para períodos de tiempo determinados que vinculan por igual a ambas partes (cfrs. arts. 10 y 84 del Decreto de 29 de abril de 1959). Prorrogado el contrato por el marido no debiera admitirse, durante la vigencia de la prórroga, que pudiera ponerle fin sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial. En los arrendamientos urbanos la cuestión es más compleja. Como pone de relieve Cossío (222) la prórroga legal del inquilinato no significa que el contrato se prorrogue por períodos iguales al plazo inicial, sino que hay una prórroga única de duración indefinida a la que puede poner fin el arrendatario a su voluntad, o el arrendador cuando concurren algunas de las causas legales de denegación. Confirma esta interpretación el artículo 57 de la LAU al establecer que si el arrendatario denuncia el contrato antes del vencimiento del plazo, debe indemnizar al arrendador con una cantidad igual a la renta correspondiente al tiempo que falte para la conclusión de aquel plazo, no estableciendo nada al respecto cuando se trata de contrato que se encuentra en situación de prórroga legal. Así las cosas, si el contrato ha entrado ya con el beneplácito expreso o tácito del marido en período de prórroga legal, la renta se parece más a un canon que se paga como contrapartida del derecho arrendaticio que al objeto de una obligación contractual, a la que puede ponerse término en cualquier momento. No es, por consiguiente, incongruente con los principios que gobiernan el funcionamiento de la sociedad conyugal permitir a la mujer la permanencia en la cosa arrendada mientras pague, conservando el derecho arrendaticio (223).

(222) *Ob. cit.*, pág. 400.

(223) Ciertamente el marido puede provocar la extinción del arriendo

Pero, en fin, parece inútil insistir más sobre este tema supuesto que el problema, si llega a plantearse judicialmente, se resolverá seguramente de acuerdo con la tesis personalista del derecho arrendaticio que es la que prevalece en la doctrina y en la Jurisprudencia. Y, sin embargo, volvemos a insistir, resulta incongruente en un sistema que no confía demasiado en los maridos, entregar al arbitrio de éstos la suerte de unos derechos que son casi siempre básicos para la vida familiar, pues se refieren al hogar doméstico o a instrumentos esenciales de producción y de trabajo.

b) *Renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente y otros actos de disposición sobre estos derechos.*

Es un fenómeno jurídico característico de nuestro tiempo la gran proliferación de derechos de adquisición preferente. Se trata de figuras que tienen una característica común. Conceden al titular la facultad de adquirir la propiedad de un bien ajeno (u otro derecho patrimonial) en determinadas circunstancias y prescindiendo de la voluntad del actual propietario. Pero fuera de esta nota, peculiar a todos, presentan estos derechos particularidades muy concretas que no siempre permiten su encuadre en el marco clásico de los retractos legales.

Hay derechos de adquisición conferidos a su titular directamente por la ley. Pero también existen derechos de adquisición preferente nacidos de negocio jurídico, como son el retracto convencional, el tanteo voluntariamente pactado y el derecho de opción.

La opinión dominante entiende que los derechos de adquisición, si pueden hacerse valer contra terceros adquirentes de la cosa a que se refieren, son verdaderos derechos reales (224).

Admitiendo que efectivamente se trate de derechos reales (o de figuras jurídicas asimilables a verdaderos derechos reales), ¿necesitará el marido para disponer de los mismos el consentimiento de su mujer? Las posibilidades de disposición son amplias cuando se trata de derechos de adquisición de origen voluntario. Están más cercenadas, pero no faltan en absoluto, si son derechos de origen legal, los cuales, aunque constituyan limitaciones legales del dominio no dejan por eso de ser verdaderos derechos subjetivos.

Ocupémonos, en primer lugar, de la disposición sobre los derechos de adquisición nacidos directamente de la ley. Estos dere-

no pagando. Puede también impedir que su mujer pague, al menos si el dinero con el que paga es legalmente ganancial. Pero aparte de que no siempre le será fácil al marido impedir el pago, la causa de que el problema se plantea la tiene el no haber reconocido a la mujer la propiedad y la disponibilidad de los bienes adquiridos con su trabajo.

(224) A nuestro juicio, entre estos derechos y los derechos reales propiamente dichos (propiedad y derechos de goce) existen diferencias sustanciales que impiden su asimilación. Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas...* cit., pág. 398.

chos no pueden ser transmitidos con independencia o separación de la relación básica a que están conectados, pero, en cambio, pueden renunciarse (225). Caben dos clases de renuncia. La renuncia general y la renuncia particular referida a su ejercicio en un caso determinado.

La renuncia general, de licitud discutible en algunos casos y prohibida en otros, está expresamente permitida en algunos. Así son renunciables con carácter general los derechos de tanteo y retracto que corresponden al arrendador y arrendatario del local de negocio, así como el tanteo y retracto del inquilino de vivienda suntuaria (cfr. art. 6.<sup>a</sup> de la LAU). También admite la práctica, y de ella se hace un uso generoso, la renuncia general al derecho de adquisición preferente regulado por el artículo 396 del Código civil.

La renuncia para un caso determinado es admisible siempre. Las razones que pueden amparar la nulidad de una renuncia general, sobre todo si esta renuncia es simultánea a la celebración del contrato en que tienen su origen, no juegan, evidentemente, cuando el derecho se actualiza en función de una coyuntura concreta.

¿Necesitará el marido, en estas renuncias, el consentimiento de su mujer?

Para iluminar la cuestión hay que partir de una base cierta. *El contenido único del derecho de adquisición preferente estriba en la facultad de realizar una adquisición a título oneroso.* Que esta facultad compete exclusivamente al marido es cosa que está fuera de toda duda, pues a él corresponde la potestad de disponer a título oneroso del dinero ganancial, sin que para ello necesite el consentimiento de su mujer. Por consiguiente, la mujer no podrá ejercitarse, contra la voluntad de su marido, el derecho de adquisición preferente, aunque pretenda invertir en ello dinero parafernado, pues la adquisición tendría que hacerla para la sociedad de gananciales (supuesto, claro, que el derecho de adquisición esté fundado en un bien ganancial) y el marido podría impugnarla. El sujeto pasivo del derecho de preferencia puede rechazar una transmisión que sería impugnable (226).

De estas premisas resultan las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> La mujer nada puede hacer si el marido no ejerce el derecho de adquisición y deja transcurrir el plazo señalado para dicho ejercicio.

2.<sup>a</sup> Si el marido renuncia a ejercitarse el derecho, antes de que se haya agotado el plazo de caducidad, la mujer, aunque pudiera impugnar la renuncia, o aunque se entendiera que la misma no es vinculante para ella, no por eso estaría legitimada para ejer-

(225) Nos referimos, claro es, a los derechos de adquisición de origen legal que se refieran a inmuebles.

(226) Claro es que si accede, la transmisión sólo podrá ser impugnada por el marido y sus herederos.

citar el derecho de preferencia. No se puede, so pretexto de interpretar o de aplicar el nuevo artículo 1.413, transferir a la mujer unas potestades que son propias del marido. ¿Sería admisible que impugnada la renuncia por la mujer pudiera el marido olvidarse de sus compromisos y ejercitar el derecho como si nada hubiese ocurrido? Se impone, a nuestro juicio, la contestación negativa. Otra cosa sería permitir al marido ir contra sus propios actos, conculcando un principio reiteradamente mantenido por el Tribunal Supremo. Puesto que es el marido quien tiene que decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del derecho de adquisición parece que podrá asumir el compromiso de no ejercitárselo. La única duda que se suscita es si ese compromiso ha de ser también vinculante para la mujer en el caso de que, antes de transcurrir el plazo de caducidad del derecho, cesa el marido en sus funciones como administrador de la sociedad conyugal. No es probable que se dé esta hipótesis, pero ciertamente entra en lo posible. Téngase en cuenta que algunos de los plazos de caducidad señalados por la Ley no son ya tan breves, y que a veces la propia Ley designa al cónyuge sucesor directo en la relación de que deriva el derecho de adquisición preferente (227).

Excluir la posibilidad de que en esas hipótesis límite la mujer impugne la renuncia de su marido y ejerza el derecho de adquisición preferente, no es cosa que esté totalmente clara. A nuestro juicio, sin embargo, la renuncia del marido vincula a la mujer por lo que también hay que descartar, en principio, la posibilidad de que la mujer ejerza el derecho de adquisición en dichas hipótesis. Si la facultad de decidir sobre la realización de una adquisición onerosa corresponde al marido no vemos inconvenientes decisivos que se opongan a que aquél, en presencia de una oportunidad concreta de ejercitar el derecho de adquisición, haga uso de su potestad decisoria sin agotar unos plazos que se conceden precisamente para que el titular del derecho estudie la posibilidad y la conveniencia de efectuar la adquisición.

Pero, además, cabe preguntarse si realmente estamos aquí en presencia de verdaderos actos de disposición sobre inmuebles, en el sentido que esta expresión tiene en el nuevo artículo 1.413. Cuando se renuncia al ejercicio de un tanteo o de un retracto, por ejemplo, podrá haber un negocio de disposición sobre el derecho renunciado, pero es mucho más discutible que se trate de un acto de disposición propiamente dicho. Para saber si un acto es o no acto de disposición (entendida la expresión en sentido antitético

---

(227) Si se acepta la posibilidad de que, en el caso indicado en el texto, la mujer impugne la renuncia del marido y ejerza el derecho de adquisición preferente, se suscita un problema procesal. ¿Podrá discutirse en el procedimiento especial para el ejercicio de la acción de retracto las cuestiones relacionadas con la impugnación, o tendrán éstas que ser zanjadas en el juicio declarativo correspondiente que suspenderá, hasta su terminación, el procedimiento especial?

a acto de administración) hay que atender, según vimos, a la relación entre los efectos jurídicos del acto y el destino o fin económico del bien a que el acto se refiere. Desde este punto de vista, la renuncia a ejercitar un derecho de adquisición preferente se traduce, simplemente, en una «no adquisición». No hay pérdida, modificación o alteración de un elemento estable del patrimonio. Enfocado el problema desde este ángulo de visión (y en él hay que situarse, a nuestro juicio, para interpretar el nuevo artículo 1.413) se puede sostener con fundamento que los actos a que nos estamos refiriendo caen fuera del área de aplicación del consentimiento «uxoris» (228).

Hay casos en que la renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente tiene un alcance mayor que la de una simple «no adquisición». Ocurre así cuando aquella renuncia compromete la existencia o el valor de otro bien de naturaleza ganancial. Así sucede en la renuncia al tanteo por parte del inquilino cuando el adquirente del piso le ha negado la prórroga y el primero puede hacer uso del derecho que le conceden la Ley de 24 de abril y el Decreto de 22 de julio de 1958. O si el arrendador renuncia a enervar el derecho de acceso a la propiedad del colono, y antes de que transcurra el mes que le concede el artículo 101 del Decreto de 29 de abril de 1959, otorga escritura a favor de aquél. O si, por último, el arrendador del local de negocio desiste de ejercitar el tanteo y recibe su participación en el precio del traspaso, consintiendo éste antes de que transcurran los 30 días señalados al efecto por la LAU. En primer caso el inquilino pone en grave peligro la subsistencia del derecho arrendatario sobre la vivienda. En el segundo el propietario realiza una enajenación que no puede estimarse totalmente obligatoria, ya que pudo evitarla enervando el

(228) La doctrina pandectista discutió si era acto de disposición la renuncia a una adquisición futura. Se distinguió entre renuncia a una adquisición no efectuada y renuncia a un derecho adquirido distinción que tiene su base en la afirmación de las fuentes de que no hay renuncia en el *non uti occasione adquirendi*. Se objetó a esta distinción que también en los supuestos de renuncia a una adquisición no efectuada hay renuncia, y, por tanto, disposición de un derecho: el derecho a realizar la adquisición (Cfr. WINSCHIED, II, *Diritto delle Pandette*, I, pág. 269 y la crítica de FAIDDA y BUNSA, en el mismo tomo, pág. 856). Pero esta discusión centrada en torno a la repudiación de herencia, se refiere al problema de si en la renuncia a una adquisición por efectuar hay o no negocio de disposición.

Ciertamente, la renuncia a la herencia es tratada como acto de disposición por el Derecho positivo (Cfr. art. 992 del C. c.). Pero, a nuestro entender, no hay paridad entre la renuncia a la herencia y la renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente. En la renuncia a la herencia se rechaza la posibilidad de efectuar una adquisición (dependiente, por lo general, de la sola voluntad del llamado) gratuita (aunque la aceptación pueda resultar un mal negocio si se trata de una *damnosa hereditas*), mientras que, en nuestro caso, se desiste de una adquisición onerosa, adquisición que, por lo tanto, no depende sólo de la voluntad del titular sino que exige, como requisito inexcusable, el pago de un precio.

derecho de acceso. Y en el tercero, la conformidad al traspaso implica destruir la posibilidad de liberar la finca del gravamen arrendatario.

Pues bien, en estos casos sería quizá admisible que la mujer pudiera ejercitar el derecho de adquisición si, antes de transcurrir el plazo señalado para su ejercicio, el marido cesa como administrador de la sociedad conyugal, y ella pasa a desempeñar dicha administración o adquiere el bien de que brota el derecho renunciado. Desde luego, es sumamente improbable que la mujer llegue a tener la oportunidad de ejercitar el derecho de adquisición, ya que los plazos señalados por la ley, en los supuestos indicados, son muy breves, pero tampoco se puede descartar completamente la hipótesis. Lo que no podrá hacer la mujer es ejercitar el derecho mientras su marido continúe ostentando la jefatura familiar porque, según hemos dicho antes, la potestad de decidir la adquisición onerosa corresponde exclusivamente al marido, y la interpretación del artículo 1.413 debe estar presidida por un criterio restrictivo. Al entrar en colisión la limitación que representa el consentimiento «uxoris» con otras facultades del marido debe darse preferencia a éstas sobre aquéllas. Pero si el marido desistió de la adquisición sin agotar el plazo que la ley le concedió para ello, y antes de que transcurra aquél se extinguen sus facultades, es dudoso que la mujer quede vinculada por el acto del marido si dicho acto puede implicar indirectamente una verdadera disposición. Sin embargo, en dos de los casos expresados no será válida esta argumentación si se entiende que también el marido puede llevar a cabo directamente el acto que indirectamente realiza al renunciar al derecho de adquisición. La renuncia será plenamente válida y vinculante para la mujer si se estima que el marido puede disponer libremente del derecho arrendatario (por ser éste un simple derecho personal), o que puede celebrar arrendamientos sujetos a la LAU porque tales arrendamientos no dejan de ser actos de administración. Si el marido puede hacer lo más (extinguir el arrendamiento o celebrar un nuevo contrato) podrá hacer también lo menos, es decir renunciar a un derecho de adquisición; renuncia que, en el primer supuesto, no presupone siempre y necesariamente la extinción del arriendo, y que, en el segundo, equivale a consentir la subsistencia de un arrendamiento ya celebrado (229).

Creemos, por consiguiente, y según se deduce de todo lo

(229) Respecto del arrendamiento de local de negocio notícese que la sentencia de 29 de abril de 1950 aunque acepta que la celebración de tales arriendos es acto de administración que, por consiguiente, está comprendida en las facultades de un simple administrador voluntario, niega que éste esté facultado para decidir sobre el ejercicio del tanto, lo que corresponde al arrendador.

Sin embargo, no cabe extraer muchas consecuencias de este fallo en relación con nuestro caso, pues, evidentemente, el marido no es equiparable a un simple mandatario. El marido, mientras sea el administrador legal

expuesto, que el marido puede renunciar al ejercicio de un derecho legal de adquisición preferente, cuando surge la oportunidad de hacerlo valer, sin que la eficacia del acto esté supeditada al consentimiento de la mujer (230).

Además de la renuncia al ejercicio cabe la renuncia general que, según dijimos, es perfectamente posible y lícita en algunos casos. Normalmente estas renuncias se pactan con ocasión de adquirir el derecho básico que funda el de adquisición preferente. Se trata de una condición más de la adquisición, por lo cual, a nuestro juicio, dicha renuncia puede pactarla el marido por sí solo. Como antes expusimos, no hay inconveniente en que el marido constituya aquellos gravámenes que son un pacto o condición del acto adquisitivo. Con mayor razón, pues, podrá esta renuncia que no equivale propiamente a un gravamen. La cuestión tiene un matiz diferente cuando el renunciante no es quien adquiere el derecho, sino quien lo transmite. Nos referimos concretamente a la renuncia que hiciera el arrendador de un local de negocio a sus derechos en caso de traspaso, concertando el arrendamiento sin estos derechos. Aunque el arrendamiento de un local de negocio se considere acto de administración parece que pactarlo en condiciones tan onerosas lo convierte francamente en un verdadero acto dispositivo. La hipótesis, desde luego, es sumamente improbable. Pero en cambio, se da con cierta frecuencia la renuncia a los derechos del arrendador en caso de traspaso con relación a una determinada transmisión (el supuesto previsto más frecuentemente es el de aportación del local, con posterioridad al contrato, a una sociedad) que piensa realizarse en el futuro. En tal caso, y aceptado que el arrendamiento del local no rebasa los límites de

---

de la sociedad de gananciales, puede abstenerse de ejercitar el tanteo, prescindiendo de la voluntad de su mujer.

Por lo mismo, aunque se admitiese que la mujer, muerto el marido, pudiera impugnar la renuncia, sería totalmente inadmisible reconocerle la potestad de desconocer el traspaso o traspasos efectuados con anterioridad, ya que fueron de antemano consentidos por la persona que, cuando el traspaso se realizó, ostentaba la titularidad activa de la relación arrendaticia.

(230) ¿Podrá pensarse que dicha renuncia, si se hace sin exigir ninguna contrapartida, entraña una liberalidad? A nuestro juicio, se impone la contestación negativa. En la renuncia a un derecho legal de adquisición preferente, derecho que en sí no puede ser objeto de tráfico, no hay *animus donandi*, ni tampoco empobrecimiento del renunciante y correlative enriquecimiento del propietario de la cosa afectada. No parece que se pueda sostener en serio que un colindante, un comunero, o el propietario de un piso, donan cuando manifiestan, antes del vencimiento del plazo para el ejercicio de su derecho de retracto o tanteo, que no les interesa adquirir la finca, cuota indivisa, o piso de la misma casa que va a ser enajenado. Naturalmente, si como contrapartida del no ejercicio del derecho de adquisición la ley concede al titular el de exigir una compensación económica (caso, por ejemplo, del arrendador de un local de negocio que no ejercita el tanteo), la renuncia a dicha compensación sí que puede implicar una donación (no siempre, no la implicará si se hace a cambio de concesiones de la otra parte) ineficaz frente a la mujer.

la administración, parece que la renuncia por una vez a la posibilidad de extinguir el arriendo no basta para convertirlo en acto de disposición.

Refirámonos ahora a los derechos de adquisición de origen voluntario. Son el tanteo, el retracto convencional y la opción. Los tres no son sólo renunciables, como los derechos de adquisición de origen legal, sino, además, enajenables.

El tanteo, según ha declarado la Dirección General de los Registros (231), sólo puede pactarse con carácter personal (232). Por consiguiente, no tendrá la consideración de bien inmueble y su enajenación no precisará el consentimiento de la mujer. Lo mismo sucede con el retracto y con la opción si se pactan con alcance puramente obligacional. De nuevo se pone aquí de relieve cuán equivocado resulta hacer depender *totalmente* el régimen jurídico de un derecho de la mayor o menor eficacia con que esté protegido. La causa de ello radica sin duda, al menos en este caso, en el error de creer que todo derecho que puede ejercitarse contra terceros es ya, por ello, un derecho real.

El retracto convencional y la opción pueden hacerse valer contra ulteriores adquirentes de la finca a que se refieren. Esta es la dimensión normal del derecho de retracto voluntario, dimensión que también puede hoy alcanzar el derecho de opción si se cumplen las exigencias establecidas por el artículo 14 del Reglamento hipotecario.

Sea o no el retracto convencional un derecho real (concebido como puro derecho de adquisición), a nuestro juicio, su enajenación constituye un verdadero acto de disposición. El fin del retracto convencional es conservar la posibilidad de recuperar un bien que ha formado parte de nuestro patrimonio. Cuando se vende una finca con pacto de retro no se dispone de ella del todo, por cuanto que se deja en pie el derecho a recobrarla. Tan es así, que resulta lícito explicar los efectos del contrato imaginando que el vendedor conserva el dominio sujeto a condición suspensiva y que el comprador lo ha adquirido bajo condición resolutoria. La enajenación del derecho de retracto convierte en definitiva una enajenación que hasta entonces era sólo provisional. La cantidad que satisface el cesionario representa la diferencia entre el precio que pagó el comprador a retro y el valor total en que se cifra el bien enajenado. Está de acuerdo con el espíritu del nuevo artículo 1.413 del Código civil para enajenar el derecho de retracto convencional.

Esto no significa que la mujer pueda impugnar de inmediato la enajenación efectuada por el marido. No se debe olvidar que la facultad de decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del retracto corresponde al marido y su decisión es inapelable mientras ostente la jefatura de la sociedad. La anulación del acto del marido, mientras viva y siga siendo el administrador de los gananciales, no facultará

(231) Cfr. Resolución de 4 de enero de 1927.

(232) Discrepa Roca SASTRE: *Ob. cit.*, II, pág. 555.

a la mujer para ejercitarse por sí el retracto, ya que no es ella quien tiene la potestad de disponer de los fondos comunes. Tampoco creemos que el marido, declarada la nulidad de la transmisión, quede en libertad de retrotraer, lo que sería particularmente violento si el cessionario ha adquirido la finca objeto del retracto. No olvidemos que la ineficacia de los actos realizados por el marido sin el consentimiento de la mujer es sólo relativa. Se trata de remover el acto en la medida necesaria para impedir que sus efectos alcancen a la mujer. Esta finalidad se consigue, en el caso que nos ocupa, puesto que el marido es quien tiene la facultad de decidir sobre el ejercicio del retracto, dejando abierta la posibilidad de que sea hecho efectivo por la mujer si pasa a ella esa potestad de decisión y siempre que cuando esto ocurra no se haya agotado el plazo de caducidad del derecho (233).

Respecto del derecho de opción se han suscitado muchas dudas acerca de si su transcendencia debe ser simplemente personal o si, por el contrario, la opción puede también ejercitarse contra terceros adquirentes de la finca. La doctrina planteó el problema sobre la base teórica de discutir si la opción es o no un derecho real. Frente a las dos posiciones extremas se ha planteado una tercera tesis intermedia con arreglo a la cual el derecho de opción tiene sólo, en principio, alcance personal, pero puede obtener eficacia real mediante su constatación en el Registro, criterio éste que es el que parece inspirar el artículo 14 del reglamento hipotecario (234). Aceptada la solución eléctica repugna un tanto a la doctrina entender que la

---

(233) No parece viable ninguna otra solución. La mujer del vendedor a retro no podrá, a nuestro juicio, reclamar del cessionario la entrega de la finca retraída dentro del plazo de cuatro años a contar desde la disolución del matrimonio (plazo general de caducidad al que debe entenderse sometida su acción de impugnación). La nulidad (e anulabilidad) de la venta del derecho de retracto no comporta igualmente la de la retroventa efectuada a favor del cessionario. Además, la nulidad de la retroventa no determina que la finca pase directamente a poder de la mujer, sino que al deshacerse aquélla, volverá al patrimonio del retraido de donde, lógicamente, no debe poder rescatarla la mujer una vez caducado el retracto. El cessionario puede haber ejercitado el retracto y después transmitir la finca a un tercero. Sería absolutamente anormal que la mujer, fundándose en la nulidad de la cesión del retracto pudiera de *facto* ejercitar este derecho después de transcurrir el plazo de caducidad que limita la vida del mismo.

(234) En realidad, el Reglamento no resuelve—ni puede—el problema de cuál sea, en general, el alcance de los efectos que se derivan del derecho de opción. Se limita a permitir su inscripción en el Registro si se cumplen ciertos requisitos, y claro es que, en tal caso, queda sobreentendido que la opción perjudicará o afectará a tercero. Pero nada dice sobre si la opción no inscrita puede perjudicar a terceros que no estén protegidos por la fe pública registral. Implicitamente, sin embargo, parece resultar del propio Reglamento que la opción sólo conseguirá transcendencia *erga omnes* mediante su inscripción en el Registro. En otro caso, es decir si la opción fuera «naturalmente» un derecho real de adquisición, no sería necesario, para inscribirlo, el convenio expreso de las partes, ni sería admisible que el Reglamento limitara la inscribibilidad de la opción excluyendo las que tengan una duración superior a cuatro años.

opción es derecho personal si no se inscribe y real si consigue la inscripción. Como en el arrendamiento, se estima poco lógico que la naturaleza real o personal del derecho tenga que depender de un requisito formal como la inscripción. Y entonces para la opción se apunta la teoría de que se trata de un derecho de «vocación real», un «ius ad rem» que mediante su constatación en el Registro adquiere la categoría de derecho real o, cuando menos, su eficacia (235).

Desde el punto de vista que aquí nos interesa tiene importancia saber si la inscripción del derecho de opción cambia o no su naturaleza, por cuanto que si en ningún caso se admite que sea un verdadero derecho real queda eliminada, con ello, la necesidad de que el marido para disponer de la opción necesite el consentimiento de su mujer. A esta solución se llegaría, seguramente, en tema de arrendamiento, si prospera definitivamente la tesis de que siempre es un derecho personal, aunque se inscriba, o aunque por ministerio de la ley afecte al tercer adquiriente de la finca arrendada.

En nuestra opinión, y cualquiera que sea en definitiva la teoría que prevalezca sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, nos parece viable que el marido pueda disponer de ese derecho sin el consentimiento de su mujer. La cesión o la renuncia al ejercicio del derecho de opción no entraña, a nuestro modo de ver, un verdadero acto de disposición en el sentido que hay que dar a esta expresión en el nuevo artículo 1.413. No hay verdadero acto de disposición en la renuncia (por vía directa, o por vía indirecta mediante la cesión a otro) a la oportunidad de efectuar una adquisición onerosa. Son válidas las razones que pusimos de manifiesto anteriormente en este sentido al ocuparnos de la renuncia al ejercicio de un derecho legal de adquisición preferente, y no juegan, en cambio, las consideraciones que hicimos al examinar la enajenación del derecho de retracto voluntario, pues en la opción no se trata de recuperar un

---

(235) Cfr. LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, pág. 255. A nuestro entender, esta formulación teórica no es acertada. Así como el arrendamiento por la propia índole del interés que tutela tiene su lógico asiento en el campo de los derechos reales y cuando se le niega eficacia *erga omnes* lo que sucede es que se le protege insuficiente e inadecuadamente, la opción, y los derechos de adquisición en general, son simples derechos potestativos que pueden tener diverso contenido, según se entienda que el titular puede adquirir un derecho ajeno, o puede solamente perfeccionar un contrato (dirigido a la transmisión) que, como todo contrato, sólo vinculará a la contraparte. Posiblemente el equivocado planteamiento de la cuestión de la naturaleza de los derechos de adquisición en torno a la polémica de si son o no derechos reales, ha sido la causa de que se haya querido limitar la eficacia de algunos, como el tanteo, y la misma opción, negándoles trascendencia frente a tercero, o cual, en tesis general, no parece que esté muy justificado. Nos parece bien que se condicione la eficacia *erga omnes* de estos derechos al cumplimiento de ciertos requisitos, pero una cosa es esto y otra muy diferente que se niegue en absoluto la posibilidad de construirlos con aquella eficacia. Si no se hubiera desviado el tema hacia la cuestión de estos derechos son o no derechos reales no se habría involucrado con otro problema distinto: el del *numerus clausus* o *apertus* de derechos reales admissibles.

bien que ya nos ha pertenecido y que solamente de un modo provisional salió de nuestro patrimonio (236).

(236) La renuncia o cesión gratuita del derecho de opción ¿implicará una donación? El problema se puede plantear aquí con mayor fundamento que en tema de renuncia al ejercicio de derechos legales de adquisición.

Mientras éstos no son susceptibles de tráfico y lo único que cabe es renunciarlos, la opción se puede transmitir y negociar. Precisamente una de las variantes de la opción (la opción mediatoria) responde a finalidad de obtener una ganancia si se encuentra un comprador dispuesto a pagar un precio mejor que el estipulado en la opción. Sin embargo, el hecho de que la opción se transmita sin precio no altera sustancialmente los términos del problema. Supuesto que la mujer pudiera impugnar la cesión sin precio (por ver en ella una donación que el marido no puede realizar) esto no facultaría a la mujer para ejercitarse la opción contra la voluntad de su esposo ni éste podrá hacerla valer fundándose en que su esposa no consintió el acto (también la ineficacia de las donaciones de bienes gananciales es, según vimos, una ineficacia relativa, aunque no se trate de simple anulabilidad). A lo sumo cabría que, si el marido falta antes de expirar el plazo de caducidad de la opción, pueda este derecho ser ejercitado por la mujer. Pero ¿se puede sostener realmente que en la cesión sin precio de un derecho de opción hay una donación? A favor de la solución afirmativa opera el prejuicio de que todo acto jurídico de derecho patrimonial ha de ser forzosamente oneroso o gratuito, idea que, como ha puesto de relieve la moderna doctrina italiana (cfr. OPPO: *Adempimento e liberalità* págs. 290 y sigs.; MOSCO: *Onerosità e gratuità degli atti giuridice, con particolare riguardo ai contratti*, págs. 24 y sigs.), no es exacta, pues hay actos jurídicos de derecho patrimonial que no son onerosos ni gratuitos. Acto gratuito es aquel en que una de las partes hace un sacrificio patrimonial en beneficio de otra. La primera se empobrece y la segunda se enriquece, siendo el motor de este fenómeno la intención liberal de empobrecido. Pero hay verdadero empobrecimiento y correlativo enriquecimiento en la cesión de la simple oportunidad de adquirir a título oneroso? ¿Qué valor tiene esa oportunidad? Sobre todo, ¿qué valor objetivo cabe atribuirle? En la cesión onerosa el precio satisfecho es un valor subjetivo que el adquirente paga, bien porque se propone especial (con riesgo, claro es, de perder), bien porque esté dispuesto a satisfacer un sobreprecio con tal de asegurarse la propiedad de la cosa. Pero si falta esa determinación subjetiva, ¿cómo valorar el derecho de opción? Hay derechos de adquisición preferente cuyo valor es perfectamente determinable. Pero se trata de supuestos muy diferentes a la opción de compra de un inmueble. El derecho de suscripción que corresponde al accionista puede tener un valor económico perfectamente definible y que está representado por el que tenga las acciones a suscribir (si se trata de una entrega gratuita con cargo a beneficios) o por la diferencia entre el valor efectivo de las nuevas acciones y el desembolso que hace falta realizar para suscribirlas. Si las acciones se cotizan en bolsa el valor del derecho de suscripción preferente aparece automáticamente cifrado. Pero la opción de compra de un inmueble ¿cómo se valora objetivamente? El artículo 9 del Reglamento del Impuesto de derechos reales lo fija (a falta de precio) en el 5 por 100 de los bienes objeto de la opción. Pero esta norma fiscal prueba, dentro de su insuficiencia para resolver el problema en el terreno del derecho privado, que la cesión sin precio de una opción no es una donación, pues si lo fuera habría que liquidar la cesión (sobre la base indicada) por la escala de las donaciones, lo que no ocurre.

Ciertamente puede suceder que haya una notable y clara desproporción entre el precio a satisfacer para ejercitarse la opción y el valor que objetivamente quiepa atribuir a la misma, cifrado con criterios medios razonables. Así sucede si el concedionario de la opción ha querido favorecer al optante o si la opción se ha pactado por muy largo plazo (nosotros hemos conocido

Creemos, por lo tanto, y con ello terminamos esta parte de nuestro trabajo, que, salvo en casos excepcionales, el marido puede disponer sin consentimiento de la mujer de los derechos de adquisición preferente que tengan carácter ganancial. Y que en todo caso las posibilidades prácticas con que cuenta la mujer para reaccionar eficazmente contra estos actos son muy limitadas.

### III

#### *Actos de disposición sobre establecimientos mercantiles*

##### A) *Actos de disposición sobre la empresa.*

El nuevo artículo 1.413 del Código civil exige al marido el consentimiento de su mujer o en su defecto autorización judicial para otorgar actos de disposición sobre *establecimientos mercantiles*.

El primer problema que se nos plantea al enfrentarnos con esta segunda aplicación de las nuevas limitaciones estriba en determinar lo que la ley ha querido significar con la expresión «establecimientos mercantiles».

Son pensables dos acepciones de esta expresión y posiblemente tres. De estas acepciones la primera se distingue clara y nítidamente de las demás. Por el contrario, es más difícil percibir el matiz diferencial entre la segunda y la tercera.

Establecimiento mercantil (primera acepción) puede significar el local o locales en que la empresa mercantil tenga su asiento territorial. Pero no creemos que el artículo 1.413 haya querido aludir a esto cuando se ha referido a «establecimientos mercantiles». De haber empleado el término en este sentido, primario y vulgar como dice la Resolución de 23 de octubre de 1959, la ley debiera hablar de «local de negocio», locución de significado mucho más inequívoco (si realmente se pensó en la sede territorial de la empresa) y con precedentes concretos en nuestro Ordenamiento jurídico. Además, la necesidad de obtener el consentimiento «uxoris» para disponer simplemente de locales de negocio tendría poco sentido. Si el local pertenece a título de propiedad (o en virtud de otro derecho real) a la sociedad de gananciales, el marido necesitará el consentimiento de su mujer para disponer de él, porque entonces el local es inmueble. La exigencia de aquel consentimiento, en tal caso, representaría una inútil reiteración de lo que ya está precedentemente exigido. Si

---

un ejemplo práctico de éste que cabe calificar de verdadero desatino económico, sobre todo en tiempo de inflación) y la depreciación del dinero convierta con el tiempo lo que fué un precio razonable en un precio de ganga. Pero aun en estas hipótesis llímite ¿cuándo y cómo se opera la donación? La cesión en sí no enriquece al cessionario. El enriquecimiento se produce si el cessionario ejercita la opción y estará representado por la diferencia entre el precio estipulado en la opción y el valor de la finca. Se trata más bien de una liberalidad indirecta que tiene por objeto esa diferencia de valor.

el local se disfruta a título de arrendamiento puede sostenerse que el derecho del arrendatario es un derecho real (y entonces también resultaría superfluo y reiterativo exigir de nuevo el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial), o, por el contrario, que el derecho arrendatario, aunque se encuadre en el ámbito de la legislación especial, es un simple derecho personal. Pero entonces, y aunque de prevalecer esta opinión la exigencia del consentimiento «uxoris» para disponer de los locales comerciales no supondría una inútil repetición de lo ya ordenado, no se comprende por qué razón se limita al arrendamiento del local de negocio la aplicación del nuevo instituto; siendo así que tan graves o peligrosos, para la mujer y para la familia, pueden resultar los actos de disposición sobre otros derechos arrendatarios (vivienda, fincas rústicas) de los que también cabe disponer, aunque para ello sea necesario el beneplácito del arrendador. El hecho, pues, de que el consentimiento de la mujer se exija para disponer de establecimientos mercantiles sin hacer distinciones sobre el título en virtud del cual se ostenta el disfrute del local o locales en los que se ejerce el comercio o la industria, pone de relieve que la ley ha querido referirse a algo más, o mejor dicho, a algo distinto. Así lo confirma la propia Exposición de Motivos al decir, justificando la reforma, que los establecimientos mercantiles «son, frecuentemente, la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica». La Resolución de 23 de octubre de 1959 descarta, asimismo por incompleta, esta primera acepción de la expresión legislativa.

La segunda acepción nos desplaza hacia esa realidad del mundo económico tan difícil de aprehender a través de conceptos jurídicos, que es la empresa o hacienda comercial. Y ya en este terreno se suscita la duda de si por empresa hemos de entender la actividad del empresario, que ontológicamente es una realidad distinta del conjunto de elementos organizados a través de los cuales el empresario despliega aquella actividad (establecimiento mercantil propiamente dicho) o si empresa y establecimiento mercantil son términos sinónimos. Ha sido URIA recientemente (237), quien ha planteado la distinción entre los dos conceptos.

Sin ánimo de entrar aquí en un examen detenido del tema, tan vidrioso y controvertido, de la naturaleza jurídica de la empresa, conviene que nos detengamos a considerar si esta nueva formulación teórica (distinción entre la empresa como actividad y el establecimiento como conjunto de bienes, servicios, y relaciones de hecho) nos pone en presencia de un nuevo concepto (el de establecimiento mercantil propiamente dicho), y sobre todo si tiene, o puede tener, trascendencia sobre el tema que aquí nos interesa.

Que la actividad del empresario y los elementos de que se sirve para desplegar esa actividad son cosas distintas, es algo evidente que no necesita mayor demostración. En realidad nadie ha incurri-

---

(237) *Ob. cit.*, págs. 26 y sigs.

do en esa confusión. De lo que han tratado los partidarios de lo que URIA llama teoría «organicista» de la empresa, ha sido, por una parte, de profundizar en el examen de hasta qué punto la actividad del empresario incide en la creación, desarrollo y mantenimiento de la organización de los diferentes elementos que sirven de soporte a aquella actividad, y, por otra y muy principalmente, han procurado colocar el centro de gravedad de la empresa en el valor económico que representa la organización en sí como fruto de la actividad del empresario, llegando a afirmar algunos (238) que el elemento inmaterial de la empresa puede ser, y es, objeto de un derecho subjetivo (239). Con ello se borra la distinción entre lo que tradicionalmente se ha llamado empresa y lo que URIA denomina establecimiento mercantil, quedando relegada la contraposición entre empresa y establecimiento a un terreno puramente terminológico. Porque URIA no niega, naturalmente, que entre los diferentes elementos que integran el establecimiento, y para que realmente lo constituyan, tiene que haber un nexo, una unión funcional que se traduce en la organización.

La distinción entre actividad del empresario y empresa (o establecimiento mercantil) es, sin duda, lícita, pero abrir entre ambas una separación demasiada tajante puede dar lugar, en nuestra opinión, a soluciones prácticas equívocadas. La excesiva objetivación del establecimiento mercantil quizás lleve a la conclusión de que la empresa puede existir o subsistir sin la actividad del empresario, es decir, aunque todavía nadie se haya servido de los bienes que se destinan al establecimiento para ejercer una actividad mercantil, o aunque la actividad haya cesado. La importancia que esto tiene para nuestro tema es evidente. Si se acepta la conclusión apuntada el marido deberá obtener el consentimiento de su mujer, no sólo cuando pretenda realizar actos de disposición sobre una empresa viva, en funcionamiento, sino también cuando trate de disponer de unos bienes en situación estática que pueden llegar a ser, o que fueron, un establecimiento en marcha.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tema de arrendamientos, y a la hora de decidir si el contrato de calificación discutible o dudosa es un arrendamiento de local o un arrendamiento de empresa (de industria para seguir la terminología legal y juríspudencial) tiende a evolucionar, peligrosamente, hacia la que hemos denominado excesiva objetivación del establecimiento mercantil. En un principio el Tribunal Supremo (240) afirmó rotundamente que el verdadero arrendamiento de empresa requiere no

(238) Así FERRARA Jr., cfr *Naturaleza jurídica de la Hacienda mercantil*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 973 y sigs.

(239) Similar, en cierto modo, a la propiedad sobre la obra de arte.

(240) Sentencias de 13 de marzo de 1943 y 3 de mayo del mismo año, 3 de julio de 1944, 23 de marzo de 1946, etc., algunas de las cuales son fundamentales para la construcción general de la teoría de la empresa en nuestro derecho positivo.

sólo que existan en el local instalaciones, por importantes que sean, sino que es preciso que se haya creado *previamente* por el arrendador la organización que constituye la esencia de la empresa mercantil, y, en este sentido, reputa dato fundamental para caracterizar el arrendamiento de empresa frente al local de negocio que el arrendador haya ejercitado en el local la industria de que se trate *de modo que se reciba por el arrendatario una industria en funcionamiento.*

La Jurisprudencia posterior, sin embargo, no ha permanecido totalmente fiel a este criterio. En bastantes sentencias ha afirmado (241) la existencia de arrendamientos de empresa a pesar de que la industria estuvo paralizada durante cierto tiempo (en algunos casos más de dos años). La sentencia de 14 de febrero de 1954 sostiene que hay arrendamiento de empresa en la locación de un cafetería que el arrendador preparó para explotarlo por sí mismo, pero que arrendó antes de su apertura.

A nuestro juicio, el simple hecho de contar con los medios puramente corporales o materiales necesarios para el ejercicio de una determinada actividad mercantil no significa que, sólo por eso, exista una empresa (242). Cualidad característica de la empresa (sea cualquiera la fórmula que se emplee para explicar jurídicamente el fenómeno) es el aviamento, es decir, la capacidad de la hacienda para dar unos rendimientos en base a la reunión y organización de toda una serie de elementos. Dice CARNELUTTI con frase expresiva, como casi todas las suyas (243), que una hacienda aviada es como un vehículo que marcha por sí mismo *porque ha recibido un impulso*. Es evidente que la hacienda dejará de estar aviada (y por consiguiente, dejará de ser verdadera empresa) si la fuerza de ese impulso inicial se ha extinguido, si el vehículo—para seguir el símil—se ha detenido definitivamente. Nos parece cierto que la organización, al menos en muchísimos casos, depende, para subsistir, de la continuidad de la actividad empresarial y que el cese, siempre que no sea transitorio, de esa actividad determinará la ruina de la organización como tal organización comercial. La paralización, durante largo tiempo, de las actividades de la empresa habrá producido como consecuencia casi ineludibles la ruptura de relaciones con proveedores, la pérdida de la clientela, la desaparición del impacto producido por la propaganda, habrá cegado o amornado las

(241) Sentencias de 16 de marzo de 1948, 20 de marzo y 22 de diciembre de 1950, 15 de marzo de 1951, 14 de febrero de 1954, 9 de julio del mismo año, 30 de enero de 1956.

(242) La pérdida de esos elementos materiales no siempre determinará la extinción de la empresa si aún subsisten elementos de hecho que mantienen viva la organización de tal modo que basta la sustitución de aquéllos para que la empresa recobre el pulso. Como ha dicho ANTONIO GARRIGUES, la última guerra mundial produjo la destrucción de las fábricas alemanas, pero la industria germana continuó viva.

(243) Cit. por FERRARA, Jr.: *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, traducción española de NAVAS, pág. 124.

fuentes de crédito de la empresa, y habrá privado al negocio del personal necesario, cuya importancia, sobre todo si se trata de personal técnico, no es necesario encarecer. La diferencia que media entre lo que reste del establecimiento después de haber perdido todo eso y lo que era la empresa cuando en tiempos funcionaba normalmente es abismal, y sólo una sensibilidad jurídica completamente embotada puede postular para ambas situaciones soluciones similares o idénticas (244).

Ocurre, sin embargo, que en ciertas empresas tienen una importancia fundamental y decisiva el local y las instalaciones. En ellas, como ha dicho acertadamente NART (245), estos elementos constituyen casi todo el aviamiento de la empresa. Respecto de las mismas cabe admitir que la empresa subsista, aunque en la actividad del empresario se abra un largo paréntesis, e incluso, en casos extremos y con cierta benevolencia interpretativa, aunque aún no haya comenzado a funcionar. Quizá el hecho de que casi siempre la Jurisprudencia haya operado con supuestos de este tipo puede explicar lo que posiblemente no sea un cambio radical de criterio, sino una aplicación elástica del mismo. El Tribunal Supremo no ha negado nunca que la empresa constituya una unidad patrimonial con vida propia, concepto igualmente recogido por el artículo tercero de la LAU (246). Es esencial, para que haya empresa, que exista una organización y no cabe duda de que esta organización habrá desaparecido, en muchos casos, si la actividad del empresario se ha interrumpido con carácter definitivo.

A nuestro juicio, el artículo 1.413 del Código civil se ha referido a este concepto orgánico del establecimiento mercantil. Establecimiento mercantil—superada la estrecha interpretación que haga sinónimos establecimiento y local—es el conjunto de elementos organizados que constituyen, por sí mismos, y en virtud de su or-

---

(244) Precisamente porque la organización depende en gran medida de la actividad de cada empresario no puede ser transmitida como si fuera una cosa más, ni cabe tampoco que se transfieran o graven algunas relaciones de hecho fruto de aquella actividad, como la clientela. Pero la transmisión de la empresa exige al transmitente la obligación de procurar que, dentro de lo posible, la organización la reciba intacta el adquirente. Pesa sobre el vendedor un deber especial de cooperación y debe ser efecto natural del contrato la prohibición de concurrencia dentro de ciertos límites.

(245) *Ex arrendamientos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, IV, 3.<sup>º</sup> pág. 975.

(246) Este artículo admite la existencia de arrendamiento de industria aunque el arrendatario haya de cumplir para la explotación de aquélla alguna formalidad administrativa. Pero esto no quiere decir que sea verdadero arrendamiento de industria el de una empresa (2) que nunca haya funcionado o que haya interrumpido definitivamente sus actividades. Sólo atendiendo al dato de la existencia efectiva de una organización es posible distinguir entre el arrendamiento de industria propiamente dicho al que se refiere el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 3.<sup>º</sup> de la LAU, y el arrendamiento de local con instalaciones «por muy importantes, esenciales o diversas que fueren» y del que se ocupa el párrafo segundo del mismo artículo.

ganización, el instrumento suficiente y bastante para permitir el normal desarrollo de un negocio determinado. Unos bienes inertes, aunque hayan servido, o puedan servir, para el ejercicio del comercio, de la industria no son un establecimiento mercantil. URÍA que centra su construcción en una tajante (y posiblemente demasiado acentuada) separación entre actividad del empresario y establecimiento mercantil define éste como «un conjunto de bienes y servicios coordinados y dispuestos por el empresario del modo más adecuado a la finalidad primordial de la empresa. Este conjunto organizado y dispuesto (aviado) para ser instrumento de la actividad empresarial se conoce en la técnica jurídico italiana con la denominación de «azienda» en la francesa con la de «fonds de commerce» y en la española con la de «establecimiento comercial o industrial», «casa de comercio», «negocio», «tienda», «industria», «explotación», entre los que escogemos el de establecimiento mercantil por considerarlo más adecuado que ningún otro y *estar preferentemente utilizado por nuestro Código* (arts. 3, 69, 86, 283, 285, 286, 291, 547 y 566), aunque no siempre en su sentido rigurosamente exacto (247). Que el artículo 1.413 del Código civil se ha referido al establecimiento mercantil propiamente dicho, lo demuestra que, de lo contrario, carecería de justificación diferenciar, en cuanto al poder de disposición, los bienes muebles que integran el establecimiento y los demás muebles que compongan el patrimonio ganancial. Abonan, por último, este punto de vista las propias palabras de la Exposición de Motivos antes transcritas, y que sólo tiene pleno significado referidas a un negocio en marcha (248).

Como quiera que el artículo 1.413 no puede ser interpretado

(247) *Ob. cit.*, pág. 29. Más adelante (pág. 32) agrega URÍA: «La organización y la buena disposición de los bienes integradores del establecimiento es lo que confiere a éste su particular aptitud para producir mejor... Pero esa peculiar aptitud, esa posibilidad potencial de éxito, si bien tiene un valor patrimonial evidente, no puede ser considerada como un elemento más de carácter incorporal integrador del establecimiento mismo sobre el que puede tener el empresario un especial derecho de disposición y de dominio. Es sencillamente una cualidad del establecimiento inseparable de él». Ahora bien, sin entrar a discernir si esa cualidad del establecimiento es o no un bien inmaterial susceptible de ser objeto de derecho, lo que sí está claro, a nuestro juicio es que trata de una cualidad esencial, de tal manera que si el establecimiento la pierde dejará de ser establecimiento.

(248) La resolución de 23 de octubre de 1959 acepta que la expresión establecimiento mercantil del artículo 1.413, es la que corresponde a «un conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido con vida propia y aun independiente de sus distintos elementos componentes», y sienta, implícitamente, pero de modo categórico, el principio de que el artículo 1.413 debe ser interpretado restrictivamente. Merece por ello dicho fallo una crítica favorable aunque, como veremos después, ha llevado demasiado lejos las consecuencias que extrae de las premisas previamente establecidas, lo que nos obliga a discrepar de la solución que da al caso contravertido.

extensivamente, en lo que respecta a la necesidad de que el marido obtenga el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial para otorgar actos de disposición, importa distinguir entre los elementos que efectivamente componen un establecimiento mercantil y aquellos que formaron parte de un establecimiento extinto o que pueden llegar a integrar un establecimiento futuro. *Sólo lo que actualmente sea establecimiento, y no lo que fué o pudo serlo, está incluido en el área de aplicación de aquellas limitaciones.*

De aquí se sigue, por lo tanto, que si el marido cesa definitivamente en el ejercicio de la actividad mercantil o industrial a que se venía dedicando, el establecimiento, como organismo con vida propia, habrá muerto por lo general, y en consecuencia ya no se estará en el caso contemplado por el nuevo artículo 1.413 del Código civil. El marido no necesitará el consentimiento de su mujer para disponer de simples elementos inertes, restos de un establecimiento fencido. El nuevo precepto ha tratado de asegurar el interés de la mujer en la subsistencia del establecimiento y procura impedir que el marido se desprenda de él, lo deshaga o lo desmantele. Pero una vez que el establecimiento ha desaparecido (como tal establecimiento) ya no cabe amparar un interés inexistente por falta de objeto. Deshecho el establecimiento no hay razón para que los bienes muebles (249) que pertenecieron al negocio se rijan por normas distintas que los demás muebles integrantes del patrimonio común. La mujer podrá, en su caso, pedir al juez que se adopten las medidas de aseguramiento previstas en el segundo párrafo del artículo 1.413, y creemos que si el negocio se ha venido abajo a causa de la mala conducta del marido (como marido, o como administrador del negocio) será, casi siempre, procedente que tales medidas se adopten. ¿Cabrá, que mientras el establecimiento sea todavía establecimiento puedan adoptarse medidas, a instancia de la mujer, que tiendan a impedir que el marido consume su desaparición? La exigencia del consentimiento de la mujer para llevar a cabo actos de disposición sobre establecimientos mercantiles persigue, sin duda, esa finalidad preventiva, pero es, a todas luces, un remedio parcial e insuficiente. El consentimiento «uxoris» no sirve para contrarrestar los efectos de una administración desordenada, torpe, maliciosa o negligente. Naturalmente la causa de que ello sea así, es decir, de que los intereses de la mujer no estén, en este sentido, suficientemente protegidos, radica en el propio sistema legal que entre todos los medios de tutela ha escogido uno, el derecho de voto, de signo negativo, y qué es, además, con relación a negocios mercantiles o industriales, el de eficacia más limitada y discutible. Al ocuparnos del significado que hay que dar al concepto «acto de disposición» nos referimos al problema de las llamadas disposiciones de hecho, y consideramos la posibilidad de

(249) Si son inmuebles seguirá siendo necesario el consentimiento de la mujer.

que el juez pueda, aunque se trate de bienes no comprendidos en el segundo párrafo del artículo 1.413, adoptar medidas que tengan por objeto impedir daños o peligros que el consentimiento «uxoris» es impotente para conjurar. Pero, aunque se admite, y comprendemos que ello no es fácil, esta flexible interpretación, lo que no parece viable es que dentro de esas medidas de aseguramiento, como las llama el propio artículo, quepa la única que pue de ser satisfactoria: apartar al marido de la administración del establecimiento, confiando éste a la mujer o un tercero.

Saber cuando el establecimiento, como tal establecimiento, ha desaparecido es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso, y, naturalmente, de la índole del negocio (250). En general ya no habrá establecimiento cuando se hayan perdido aquellos elementos necesarios para su productividad. Extinguida definitivamente la industria o explotación, los bienes materiales que aún queden pierden, a nuestro juicio, la cualidad de inmuebles, condición que adquirieron por su incorporación al local si la propiedad de éste pertenecía al empresario (251). El número cinco del artículo 334 del Código civil exige que «las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios» se destinen por el propietario de la finca a la industria o explotación *que se realice en un edificio y heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma*. No parece que estos requisitos se cumplan en caso de haberse extinguido la explotación o desaparecido la industria, y ello resultará particularmente claro si las máquinas se han desmontado, o si se han inutilizado por el no uso en todo o en parte, si las instalaciones están incompletas, y, en general, siempre que no conserven su aptitud para seguir funcionando. Son éstas manifestaciones inequívocas de la desaparición de la industria o explotación (252) y creemos, por lo tanto, que la maquinaria en tal caso (aunque pudiera ser reparada) ha dejado de ser simultáneamente inmueble y establecimiento mercantil.

(250) En aquellas empresas en las cuales la fuente primordial de su productividad radique en sus elementos puramente materiales, será difícil precisar si la empresa subsiste o no, si se conservan aquellos elementos materiales y aún tienen aptitud para seguir funcionando. Como decíamos anteriormente, la interrupción de las actividades del empresario, en estos casos, aunque comprenda un tiempo relativamente largo puede no ser bastante para que el establecimiento quede destruido.

(251) Ello no significa, claro es, que se extingan los derechos constituidos a favor de terceros, al menos mientras dichos bienes continúen perteneciendo al propietario. Cuando el edificio y la maquinaria estén conformados recíprocamente de tal manera que no pueden separarse sin deterioro de destrucción (la maquinaria será entonces parte integrante inseparable) el todo sigue siendo inmueble aunque ese la explotación industrial. Nos encontramos en el caso previsto por el número 3.<sup>º</sup> del artículo 334 del Código civil. La inmovilización de la maquinaria, en este caso, no depende, o no depende sólo, de su destino económico.

(252) Salvo que aún subsistan otros elementos con vitalidad suficiente para permitir la puesta en marcha de la empresa sin más que sustituir o reparar la maquinaria inutilizada o estropeada.

No basta para que se considere desaparecido el establecimiento que el marido haya decidido liquidarlo, ni siquiera aunque la liquidación se haya iniciado. El avimiento está condicionado, desde luego, por la actividad del empresario, pero no se pierde (como no se adquiere) por una simple determinación de éste. La empresa necesita, para ser empresa, recordemos el símil de CARNEAUTTI, un impulso inicial, impulso que ha de renovarse y mantenerse si se quiere conservar el avimiento; pero puesta la empresa en marcha su fuerza de inercia no se agota en un momento. Sólo cuando la liquidación haya llegado a un punto tal (y para ello habrá sido necesario el consentimiento de la mujer) que lo que quede sean unos simples restos sin virtualidad suficiente para armar de nuevo el establecimiento podrá afirmarse que éste se ha extinguido.

Fijado el concepto de establecimiento mercantil y acotado, en este sentido, el campo de aplicación del nuevo artículo 1.413, veamos ahora cuáles son las facultades del marido respecto de los establecimientos mercantiles que tengan carácter ganancial. Al marido corresponde la facultad o potestad de administrarlos sin que en esta administración tenga derecho a participar la mujer. La potestad de administrar un establecimiento mercantil tiene, por la propia naturaleza del objeto administrado, un contenido típico y característico. Por eso no faltan autores (253) que separan el acto de administración que refieren al que llaman patrimonio de familia, del acto de gestión que es el acto de administración del patrimonio mercantil. La conservación del establecimiento y la obtención de los rendimientos normales que es susceptible de dar presupone la ejecución de toda una serie de operaciones: venta de mercaderías, contratación de personal, renovación de material, celebración de cuantos contratos precise el normal desenvolvimiento de la vida del negocio, negociación de letras de cambio u otros efectos de comercio, etc. El marido podrá llevar a cabo todos estos actos y sus facultades excederán de las de un simple factor por su carácter de administrador general de la sociedad de gananciales con potestad para obligarla y para disponer a título oneroso de los bienes comunes, sin otras limitaciones que las que el artículo 1.413 establece.

Estas limitaciones obligan al marido a contar con el consentimiento de su mujer o autorización judicial para otorgar actos de disposición sobre el establecimiento. Es evidente la necesidad de ese consentimiento (o en su defecto autorización judicial) para transmitir o gravar a título oneroso (naturalmente, también a título gratuito) el establecimiento en su totalidad. El consentimiento de la mujer será preciso para vender el establecimiento, para permutarlo por otros bienes, para darlo en pago, para aportarlo a una sociedad, para fusionarlo con otro, para dividirlo si pertenece a varios en comunidad, para hipotecarlo o para darlo en usufructo

(253) Cfr. BONNECASSE, *Ob. cit.*, I, págs. 400.

Y debe, o debiera ser igualmente necesario para arrendarlo. Si prescindimos de consideraciones teóricas y atendemos, para saber si un acto es o no acto de disposición, a su trascendencia económica con relación al bien o bienes a que se refiere, no cabe duda, a nuestro juicio, de que el arrendamiento de un establecimiento mercantil debe considerarse acto de disposición. El Código civil entiende que son actos de disposición aquellos arrendamientos que pueden resultar excesivamente onerosos para el arrendador. Por referirse, en el artículo 1.548, a los arrendamientos de fincas rústicas o urbanas, atiende únicamente al dato de la duración. Pero en el arrendamiento de un establecimiento mercantil (supuesto no contemplado directamente por nuestro primer cuerpo legal), la gravedad del arriendo radica en el arriendo en sí. Sólo perdiendo de vista que el valor del establecimiento depende, en gran medida, de la conducta y actividad del empresario (y el arrendatario sustituye como empresario al arrendador) puede sostenerse la indefinible tesis de que el arrendamiento de un negocio sea un simple acto de administración. El arrendamiento de su establecimiento mercantil es, para nosotros, un claro acto de disposición por cuanto que pone en manos del arrendatario todo el mecanismo del negocio, pudiendo comprometer su gestión el futuro del propio establecimiento.

B) *Actos de disposición sobre alguno de los elementos que constituyen la base física y económica de la empresa. Especial consideración del traspaso.*

Es indudable que el marido puede disponer de aquellos elementos de la empresa que por su propia condición están destinados a su enajenación o venta (mercaderías, en general). También puede sustituir y reemplazar aquellos elementos materiales de la empresa que necesiten renovación. En ambos supuestos nos encontramos en presencia de actos que no trascienden de la administración. Ya sabemos que el concepto acto de administración toma una fisonomía peculiar cuando se proyecta sobre el patrimonio mercantil. Hemos dicho también que, en virtud de la administración general que ostenta sobre los bienes comunes y de las amplias facultades que se le confieren, sus potestades rebasan las de un factor sólo autorizado para realizar aquellos actos comprendidos dentro del giro o tráfico del establecimiento (cfr. art. 286 del Código de comercio).

Pero, ¿puede el marido disponer de otros elementos de la empresa, concretamente de aquellos elementos estables que son instrumento permanente de su desenvolvimiento? La necesidad del consentimiento *uxoris* o de la autorización judicial, ¿está limitada a los actos de disposición que tengan por objeto el establecimiento en su totalidad?

La Resolución de 23 de octubre de 1959, a la que antes hemos referido, parece entenderlo así, al decidir que es inscribible la escritura de hipoteca mobiliaria constituida, sin consentimiento

de la mujer, por el titular de una fábrica de papel sólo sobre la maquinaria.

A nuestro modo de ver este punto de vista es equivocado. Creemos que la Resolución está bien orientada en un doble sentido: cuando afirma que por establecimiento mercantil hay que entender no el simple local o locales sino la empresa en su conjunto, como unidad orgánica, y cuando sostiene que el nuevo artículo 1.413 debe interpretarse «con la misma deseada ponderación». Ponderación que la Dirección traduce, prácticamente, en criterio de interpretación francamente restrictivo. Y también estamos de acuerdo con ello. Pero ya no podemos estarlo con las exageradas consecuencias que se sacan de las premisas expuestas.

No sólo aquellos actos que se dirijan a la transmisión o el gravamen del establecimiento, en su totalidad, son actos de disposición sobre el establecimiento. Sólo se podría llegar a esta conclusión por dos caminos. A través de una concepción puramente atomista de la empresa que vea en ella solamente y nada más que una suma de elementos materiales (y entonces sí que únicamente será acto de disposición sobre el establecimiento el que los abarque a todos). O por creer que el término acto de disposición tiene en el artículo 1.413 el valor y significado de negocio de disposición, de donde podría deducirse que el negocio de disposición afectante sólo a determinados elementos del negocio no está comprendido en la previsión del nuevo artículo 1.413, que solamente se refiere a los actos que tengan por objeto el establecimiento propiamente dicho.

La construcción atomista de la empresa está hoy franca y decididamente superada. Podrá ser exagerada la conclusión de aquellos autores que quieran hacer de la empresa un nuevo objeto de derechos, bien mediante la recíproca integración de sus elementos componentes (la empresa se piensa como cosa compuesta, o como *universitas iuris* o *universitas facti*), bien destacando el elemento inmaterial, la organización, la aptitud para producir beneficios, merced a la organización y actividad del empresario, elevándolo a la categoría de nuevo objeto jurídico. Pero hay una cosa evidente: Que la empresa, en la realidad económica, es algo más que una suma de elementos heterogéneos. El error, posiblemente, consista en haber querido captar dogmáticamente esta realidad económica para hacerla ingresar en el mundo de los conceptos jurídicos. Y en pensar que la trascendencia jurídica de esa realidad económica tiene que depender de la solución previa de un problema puramente este último punto de vista la transmisión de la sucursal por cuanto prescindido) de los esquemas conceptuales, más o menos brillantes, y reconocer efectos jurídicos a aquellos intereses dignos de protección. A despecho de los dogmas la reglamentación positiva de la empresa ampara y tutela (en nuestra legislación de forma incompleta e inorgánica) esa cualidad incóorporea y de difícil concreción,

pero real e indiscutible, que se conoce con el nombre de avamiento.

Interesa comprobar de qué modo y a través de qué evolución la doctrina, y el propio Derecho positivo, aun con el lastre de una excesiva preocupación conceptual, ha ido reconociendo virtualidad jurídica a la empresa como conjunto organizado. Es FERRARA (254) el que primero reacciona contra los resultados nihilistas a que había conducido la esterilidad de la construcción dogmática, y después de negar que la empresa deba quedar anclada en las aguas de la *universitas*, afirma que «la coordinación y combinación de los distintos elementos influye como índice de la voluntad de las partes en el sentido de establecer el principio de que en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, estas organizaciones de cosas o derechos han de ir unidas en cuanto el disponente ha querido considerarlas como un todo, sometiéndolas, en consecuencia, a idénticas mutuaciones jurídicas». Con anterioridad de derecho positivo se había adelantado dispensando protección jurídica, a los signos indistintos de la empresa. Sigue la prohibición de la competencia ilícita, y en los ordenamientos más progresivos, como el italiano, se sanciona expresamente la obligación de no concurrencia que pesa sobre el que transmite una empresa mercantil. Se concede el derecho de permanecer en los locales en que la empresa esté instalada en función de un derecho arrendatario, y se protege la llamada «propiedad comercial» que se traduce en la potestad (reconocida, pero deficientemente regulada en nuestro derecho, como después veremos) de disponer, dentro de ciertos límites, de aquel derecho.

Pero nos interesa aquí destacar no éstos, sino otros aspectos distintos de esta progresiva evolución. CASANOVA (255) puso de relieve que la organización existente entre los bienes y servicios que componen la empresa no tiene un valor vinculante si la empresa es administrada y dirigida por su titular, pero lo contrario sucede cuando queda sujeta al poder jurídico de un tercero, para quien sí es vinculante aquella organización. Los ejemplos clásicos se refieren a las hipótesis de usufructo y arrendamiento. Así se dice que el usufructuario o arrendatario no podrá, por ejemplo, vender la maquinaria del establecimiento o los muebles que comprende el negocio sino sólo las mercaderías. La razón de ello no estriba, o no estriba sólo, en que el usufructuario o el arrendatario no sean dueños de dichos bienes, pues tampoco lo son de las mercaderías (que sólo mediante una ficción cabe considerar cosas consumibles), y, sin embargo, es indudable que pueden ser enajenadas por aquéllos. Además no es sólo la enajenación, sino que tampoco su alteración de hecho, y más concretamente su exclu-

(254) *Tratatto de diritto civile*, I, págs. 811 y sigs.

(255) *Estudio sobre la teoría de la Hacienda mercantil*, traducción española de Navas, págs. 97 y sigs.

sión de la esfera de las actividades del establecimiento, variando su destino, es cosa que puedan hacer quienes tengan un derecho o potestad limitada sobre la empresa. Ello se debe a que quien no tenga plenos poderes dispositivos sobre el establecimiento no puede realizar ningún acto que afecte o pueda afectar, al menos de modo trascendente, a la organización, aunque, como en el caso del marido, tenga facultades de disposición suficientes sobre el bien concreto de que se trate, aisladamente considerado. De lo contrario se niega virtualidad jurídica al nexo que liga los diferentes elementos que integran el establecimiento, y si se llega de hecho en este punto a una solución atomista dejando relegada a pura teoría la afirmación tan reiteradamente formulada por la Jurisprudencia de que la empresa es una unidad patrimonial con vida propia.

Ello demuestra que *actos de disposición sobre la empresa mercantil son, en realidad, aquellos que aunque no tengan por objeto todos los elementos de que se compone sean, sin embargo, susceptibles de comprometer la existencia o el valor y virtualidad de la organización* que, en definitiva, es lo que distingue un negocio de un conjunto heterogéneo de bienes. Serán también actos de disposición sobre el establecimiento aquellos que afecten a alguno de sus elementos estables, salvo que se trate de una simple renovación por desgaste, lo que sí puede considerarse incluido dentro de la órbita de las facultades administrativas del marido. Si la expresión «actos de disposición» utilizada por el artículo 1.413 hubiera sido empleada en el sentido de negocio de disposición cabría sostener que la ley ha querido referirse únicamente a los actos de transmisión o gravamen referentes al establecimiento en su totalidad, pues no es lo mismo el negocio de disposición que tiene por objeto todo el establecimiento que el que se contrae a alguno de sus elementos. Pero si acto de disposición debe entenderse como acto de riguroso dominio, es decir, en su acepción de acto contrapuesto al de administración, tan acto de disposición sobre la empresa es, o puede ser, la transmisión de la empresa en bloque como la de alguno de los factores esenciales de su funcionamiento. También en este segundo caso el acto afecta a todo el establecimiento, aunque el objeto del negocio jurídico a través del cual se realice sólo sea alguno de sus elementos permanentes. Sobre todo si se trata de un elemento esencial como era, en el caso de la Resolución de 23 de octubre de 1959, la maquinaria de una fábrica de papel. Anteriormente expusimos las razones en virtud de las cuales la expresión acto de disposición empleada por el artículo 1.413 del Código civil debe entenderse como acto de riguroso dominio y no como simple negocio de disposición. Entre las dos posibles acepciones de una expresión legal debe elegirse, a nuestro juicio, aquella que esté más conforme con la *ratio iuris* del precepto que la recoge. No cabe la menor duda de que si la finalidad del nuevo artículo 1.413 ha sido la de proteger más eficazmente los intereses de la mujer el sentido del término, «acto de disposición» que me-

¡or conviene a aquella finalidad es el de acto de riguroso dominio. Son los actos de riguroso dominio (que incluyen, naturalmente, las enajenaciones y gavámenes) los que realmente pueden resultar perjudiciales para la mujer, lo que no ocurre, según hemos visto, con todos los que, técnicamente, son negocios de disposición. Contra este punto de vista no vale argumentar que el nuevo artículo 1.413 del Código civil en cuanto que limita las potestades del marido es de interpretación restrictiva. El que esto sea ciertísimo y que, por consiguiente, deba interpretarse el nuevo artículo 1.413 con un criterio restrictivo, no autoriza para excluir de la esfera de aplicación de la nueva norma actos que están claramente incluidos dentro de la fórmula legal, ni puede servir de pretexto para dar a esa fórmula el significado que está menos de acuerdo con el fin perseguido por el legislador (256). La tesis de que sólo los negocios jurídicos de disposición que tengan por objeto el establecimiento globalmente considerado son los que el marido no puede realizar sin el consentimiento de su mujer ni autorización judicial, lleva a la conclusión, absurda a nuestro juicio, de que el marido pueda, prácticamente, desprendérse de todo el establecimiento y liquidarlo enajenando en actos distintos y a diferentes personas sus diversos elementos componentes. Y casi invita a los maridos, cuya mujer no quiere consentir la enajenación del negocio ni tengan probabilidades de obtener la autorización judicial, a hacerlo así, sancionándose con ello una posibilidad que, casi siempre, será más antieconómica que la venta del establecimiento en bloque, con daño, a la postre, para la sociedad de gananciales.

El marido, pues, a nuestro modo de ver, necesita el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para disponer de aquellos elementos de la empresa que por su naturaleza no están destinados a su enajenación (257). Pero esta regla general debe aplicarse con la debida ponderación. En primer término, parece natural entender que sólo aquellos elementos esenciales cuya pérdida pueda imposibilitar o dificultar gravemente el buen funcionamiento del negocio, o mermar sensiblemente sus rendimientos se

(256) Por no percibir este matiz diferencial entre acto de disposición y negocio jurídico dispositivo, Roca JUAN: *Ob. cit.*, pág. 513, parece sostener la tesis de que el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial no serán necesarios cuando se trate de negocios jurídicos que tengan por objeto elementos aislados de la empresa y no toda ella como un bloque. Estos actos, dice, sólo podrán ser impugnados por la mujer cuando hayan sido realizados en fraude de sus derechos. A nuestro juicio, por el contrario, tales actos son verdaderos actos de disposición y si el marido los realiza sin consentimiento de su esposa podrá ésta impugnarlos sin necesidad de acudir a la vía, mucho más complicada, de la impugnación por fraude.

(257) ¿Podrá el marido vender en bloque todas las mercancías que constituyen el *stock* el establecimiento? A nuestro modo de ver si la enajenación se realiza para liquidar el establecimiento la respuesta debiera ser negativa. Naturalmente los ulteriores adquirentes de aquéllas amparados por el artículo 86 del Código de comercio quedarán al margen de las consecuencias de la acción de impugnación.

rán aquellos de los que el marido no podrá disfrutar sin consentimiento de su mujer o autorización judicial. La disposición sobre simples elementos accesorios de los que no depende la aptitud de la empresa para seguir funcionando no es, en realidad, acto de disposición sobre el establecimiento. En segundo lugar, escaparán también a la actuación de las limitaciones instauradas por el nuevo artículo 1.413, los negocios de disposición sobre elementos que, *habiendo pertenecido al establecimiento, hayan quedado fuera de su órbita*, especialmente si fueron objeto de sustitución, incluso, aunque esta sustitución exceda los límites de una prudente renovación.

El marido sólo tiene limitadas sus facultades dispositivas sobre los elementos que componen el establecimiento y (salvo que sean inmuebles), mientras dichos elementos integren o compongan el establecimiento y en la medida que su pérdida pueda afectar o comprometer a la organización. La posición del marido es, en este aspecto, distinta e inversa, en cierto modo, a la de un usufructuario o un arrendatario. Mientras éstos no tienen facultades dispositivas sobre los elementos que integran el establecimiento, formen o no parte del mismo, a excepción de las mercaderías de las que pueden disponer, precisamente, porque forman parte de él, el marido sólo tiene limitadas sus potestades por razón de la pertenencia de ciertos bienes a la esfera de un establecimiento mercantil y en la medida en que la disposición sobre dichos bienes comprometa o pueda comprometer la existencia o el funcionamiento del establecimiento mismo.

Ciertamente, si el marido ha excluido del establecimiento un determinado elemento, en principio, esencial, y lo ha sustituido por otro que no reúne las condiciones adecuadas, o que mermará la capacidad de producción de la empresa habrá realizado una disposición para la que debiera haber contado con la conformidad de su mujer. Pero la disposición sobre el establecimiento (y la que, en su caso, infringirá lo que establece el artículo 1.413 del C. c.) se habrá consumado al realizar la sustitución, no después si se enajena el elemento sustituido. Aquí si que es necesario tener en cuenta que el artículo 1.413 es de interpretación restrictiva sobre todo porque pasamos a un terreno en el que entran en juego, no sólo los intereses del marido y mujer, sino también los de tercero. Como dijimos anteriormente, la interpretación restrictiva del nuevo artículo 1.413 en este punto obliga a sostener que el marido necesita el consentimiento de su mujer para disponer de lo que actualmente es establecimiento mercantil, no de aquello que formó parte o puede llegar a integrar una empresa mercantil. Sólo, por consiguiente, cuando el negocio de disposición sobre un elemento esencial del establecimiento se realice antes de su separación, de tal manera que la separación sea la consecuencia (y no el antecedente) de la disposición, el acto podrá ser impugnado por la mujer. Que frente a las disposiciones de hecho (ver más atrás lo que

en varias ocasiones hemos expuesto sobre la materia,) no esté suficientemente protegida la mujer no es, a nuestro juicio, razón suficiente para imponer un requisito que sólo debe ser exigido cuando se den claramente los presupuestos a que la propia ley condiciona su procedencia.

Comprendemos que el criterio que sostengamos tiene un inconveniente. El de su relativa imprecisión para resolver los casos prácticos que puedan presentarse. Pero honrada y sinceramente creemos que el deseo, muy fundado, de obtener una certidumbre apriorística en las soluciones, no puede llevar a la conclusión de que el marido necesita el consentimiento de su mujer para disponer de cualquier elemento incorporado a un establecimiento mercantil, si tampoco (solución opuesta) a sostener que tal consentimiento únicamente se precisa cuando se trata de transferir o gravar el establecimiento en su totalidad. En contra de ambas soluciones militan a nuestro juicio razones decisivas que han de prevalecer sobre lo que, sin duda, sería más cómodo y más seguro para el intérprete y especialmente para el profesional del derecho.

Los tribunales tendrán que decidir, en definitiva, si el acto del marido constituyó o no acto de disposición sobre un establecimiento mercantil, o si se refirió a un elemento que formó parte de una empresa extinguida, o que ha sido separado de un negocio que continúa funcionando. Desde el punto de vista notarial creemos que, en la duda, podrán autorizarse escrituras por las que el marido otorgue actos de disposición sobre bienes que integraron un establecimiento mercantil, siempre que afirme que tales bienes ya no pertenecen al establecimiento o que éste, como tal, ha desaparecido. A la exactitud de esta afirmación quedará suspendida la validez del negocio (258).

*Especial consideración del traspaso.*—Indudablemente uno de los elementos esenciales del establecimiento es, por regla general, el local o locales en que la empresa se encuentra emplazada.

---

(258) Supuesto que el acto de disposición otorgado por el marido haya sido una hipoteca mobiliaria la inscripción aunque el crédito hipotecario haya sido cedido a tercero no impedirá la impugnación. El Registro de hipoteca mobiliaria no goza de fe pública registral en su aspecto o dimensión convalidante. El artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de 16 de diciembre de 1954 se limita a afirmar que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes y aunque añade que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y surtirán todos sus efectos mientras no se cancele o no se declare su nulidad (principio de legitimación) no hace salvedad ninguna sobre que esa nulidad, una vez declarada, queda enervada frente a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que hayan inserto su adquisición. Es decir, no existe un precepto similar al artículo 34 de la Ley hipotecaria. El artículo 8.<sup>º</sup> de la Ley de 16 de diciembre se limita a decir que el crédito asegurado con hipoteca podrá enajenarse o cederse, en todo o en parte, con los requisitos y efectos de los artículos 140 y 151 de la Ley hipotecaria. Pero, de estos preceptos, sólo resulta (aparte de la necesidad de cumplir los requisitos formales ordenados por el primero de ellos) que la cesión no notificada al deudor libera a éste si, ignorante de la cesión, paga al cedente.

El local puede pertenecer al empresario a título de propiedad, o en virtud de un derecho real (usufructo, por ejemplo). Es evidente que entonces el marido necesitará el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para disponer del local. El local es inmueble, en dicha hipótesis, y ello basta para que su disposición venga afectada por aquellas limitaciones.

Pero el empresario puede gozar del local, y ello es frecuentísimo, en virtud de un derecho arrendaticio, derecho del que con arreglo a la ley de Arrendamientos urbanos puede disponer, sin el consentimiento del arrendador, cumpliendo los requisitos legales del traspaso. ¿Necesita también el marido, para traspasar un local arrendado, el consentimiento de su mujer o la autorización judicial? La respuesta tendría que ser afirmativa si se estimara que el arrendamiento de inmuebles sujeto a la legislación especial da lugar al nacimiento de un verdadero derecho real a favor del arrendatario. Pero, como indicamos anteriormente, no es ésta la tesis que parece predominar en la doctrina y en la Jurisprudencia.

Supuesto que, desde un punto de vista puramente legal, el derecho del arrendatario se reputa simple derecho personal, con lo cual el traspaso se desplaza al área de la simple cesión de contrato, ¿es preciso, para realizarlo, el consentimiento *uxoris*?

A nuestro juicio, y siempre que prevalezca la tesis de que el derecho del arrendatario no es derecho real, la posibilidad de que el traspaso pueda realizarse sin el consentimiento de la mujer depende de que, al tiempo de llevarlo a cabo, el local pertenezca o no al establecimiento, sea o no elemento integrante del mismo. Si el marido ha cerrado el negocio y éste ha desaparecido (259), o si la empresa se ubica en un local distinto, el primitivo local ha dejado de ser establecimiento mercantil y, por tanto, su transferencia no requiere que el marido obtenga el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Por el contrario, el local en que el negocio está instalado no podrá ser traspasado por el marido sin llenar aquellos requisitos, aunque el traspaso se refiera sólo al local; es decir, aunque no comprenda los demás elementos del negocio. El local, en tal caso, forma parte integrante del establecimiento y su transmisión puede comprometer gravemente la existencia o la productividad de la empresa. Se trata de un acto de disposición sobre la propia empresa, aunque sólo tenga por objeto uno de sus elementos, y, por consiguiente, su realización exige, a nuestro juicio, la conformidad de la mujer de quien traspasa, o en su defecto la autorización del Juez.

El hecho de que la ley de Arrendamientos urbanos permita al arrendatario de un local de negocio traspasarlo, aunque la transmisión no comprenda los restantes elementos que integran el establecimiento no es razón para sostener que todo traspaso de local

(259) Claro es que si el local lleva más de seis meses cerrado lo probable será que el propietario haya ejercitado el derecho que le reconoce el número 3.º del artículo 62 de la LAU.

de negocio requiera inexcusablemente el consentimiento de la mujer o la autorización judicial. Ni es posible identificar local de negocio con establecimiento mercantil ni cabe sostener que el nuevo artículo 1.413 del Código civil, cuando habla de establecimientos mercantiles, iba querido referirse a locales de negocio, según ya indicamos anteriormente. Lo que ocurre es que la vigente legislación de arrendamientos urbanos al proteger la llamada propiedad comercial ha cometido el error de conceder un derecho (el de traspaso), que si bien tiene pleno fundamento cuando de lo que se trata es de disponer de una empresa mercantil, de un negocio en marcha, que se transfiere como un todo, comprendiéndose en la transmisión sus diversos elementos componentes, y entre ellos el local, no tiene clara justificación o la tiene muy débil, si lo que se pretende ceder es simplemente el derecho arrendatario sobre un local. Cuando se traspasa un local de negocio, vacío o no, pero desconectado de la empresa mercantil a la que sirvió, bien porque dicha empresa se haya extinguido, bien porque ya no necesite valerse del local en cuestión, no se ampara ni protege la subsistencia de un establecimiento mercantil ni el legítimo interés del empresario en que el valor de su negocio, en trance de ser transmitido, no se desintegre y pulverice, sino que lo que se hace es otorgar al arrendatario una potestad exorbitante sobre un bien (el local arrendado) que no le pertenece y sobre el que carece de justo título para retenerlo en función de un derecho que si está en situación de prórroga legal debe estimarse caducado por haber desaparecido la justificación de la facultad de prorrogarlo. Con acierto el artículo 62 número tres de la LAU niega la prórroga forzosa al arrendatario cuando el local de negocio haya permanecido cerrado durante más de seis meses, durante el curso de un año, salvo que el cierre obedezca a justa causa. La ley viene a sentar presunción de que el cierre del local durante el período previsto significa que la empresa en él establecida ha cesado, o ya no necesita servirse del local, y, consecuentemente, niega al arrendatario la prórroga que se le concede justamente para proteger la estabilidad del negocio. Así las cosas, es totalmente absurdo que el arrendatario, antes de expirar los seis meses, pero cuando ya de hecho ha liquidado la empresa o la ha trasladado a local diferente pueda, sin embargo, traspasar el local y lucrarse con el precio del traspaso. Pero este absurdo contrasentido legal no puede obligarnos a confundir lo que es una empresa o establecimiento mercantil, unidad patrimonial con vida propia, según certera expresión de la Jurisprudencia, con un simple local en expectativa de destino, ni, por consiguiente, puede servir de base para sostener que el marido para disponer de un local arrendado *en el que ya no esté ubicada la empresa* de que es propietario, necesite obtener el consentimiento de su mujer o la autorización judicial (260).

---

(260) El criterio de la LAU, en materia de traspasos, se ha pretendido justificar (Cfr. NART: *Ob. cit.*, pág. 975) con la afirmación de que el ejer-

Digamos, para terminar, que el traspaso de sucursal (si lo que se traspasa es la sucursal propiamente dicha, y no el local en que aquélla estuvo instalada) es, a nuestro juicio, acto de disposición que requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por el nuevo artículo 1.413. Porque o la sucursal se concibe como establecimiento en sí, aunque ligado y subordinado al establecimiento principal, o forma parte integrante de éste. Y aunque se acepte conceptual. El derecho positivo debe prescindir (*iv de hecho*) ha que puede afectar al desenvolvimiento de todo el negocio es también un acto de disposición sobre el mismo, aunque el acto jurídico en concreto sólo se refiera a una parte de él.

#### IV. *El nuevo artículo 1.413 del Código civil y los equivalentes jurisdiccionales.*

A nuestro juicio el nuevo artículo 1.413 del Código civil no ha limitado la capacidad ni la legitimación del marido para actuar procesalmente respecto de bienes gananciales, aunque éstos sean inmuebles o establecimientos mercantiles. El marido no necesita el consentimiento de su mujer (ni autorización judicial) para ejercitarse acciones relativas a bienes que tengan aquella condición, así

icio de la actividad empresarial durante cierto tiempo llega a crear una plus valía del local que se debe exclusivamente al empresario y de la que no es justo desposeerle. El argumento sólo es válido, hasta cierto punto (recuérdese que el arrendatario no tiene derecho a las mejoras), referido a las pequeñas empresas comerciales y únicamente en ciertos casos. Los locales comerciales situados en lugares céntricos o estratégicos tienen un valor comercial propio e independiente de la actividad que en ellos pueda haberse realizado con anterioridad. En la gran mayoría de las empresas industriales, e incluso en las comerciales en que la atracción de la clientela se funda en algo más que en el puro hábito de frecuentar un establecimiento sin otro motivo que el de su situación, no puede decirse, con verdad, que la actividad del empresario ha determinado un plus valor del local que persiste aunque la empresa cesé en el mismo. La experiencia demuestra que el precio que se paga por el traspaso de un local (cuando lo que se transmite es un local y no la empresa propiamente dicha) no se satisface para continuar en él la misma actividad comercial o industrial del anterior titular, sino, en un gran número de casos, para dedicarlo a negocio completamente distinto y esto se consigue llegando a un acuerdo con el propietario o simulando, durante el año que exige la ley, que el local se destina a negocio de la misma clase que el que venía ejercitando el arrendatario. En fin, que este requisito se exija sólo por plazo tan exiguo, transcurrido el cual puede el adquirente por traspaso dedicar el local a la explotación que tenga por conveniente, prueba, una vez más, lo deleznable del sistema legal. Si el precio satisfecho se pagó por el «aviamiento de un local» (?) no parece razonable mantener en él al adquirente que voluntariamente ha destruido lo que compró (el aviamiento) al destinar el local a un uso diferente. La realidad es que el valor del local en sí obedece, casi siempre, cuando se vende con independencia de la empresa a que perteneció, a sus posibilidades comerciales objetivas, al bloqueo de la renta o a ambas cosas.

como tampoco para defender, como demandado, los intereses de la sociedad.

Ciertamente el ejercicio de acciones judiciales es un acto que excede de la simple o mera administración. Como dice SAVATIER (261), un pleito es un hecho demasiado anormal en la administración de los bienes para que constituya, en principio, un acto de administración. Sin embargo, tampoco puede decirse que sea un acto de disposición, puesto que, como el propio autor recuerda, la finalidad que se persigue al ejercitarse una acción judicial es la de defender y conservar el patrimonio. Se trata de un acto de administración extraordinaria, que, por lo mismo, no todo administrador podrá realizar, pero no es un acto de disposición propiamente dicho.

Como decíamos anteriormente, un buen criterio para contrastar si desde el punto de vista del derecho positivo un acto debe o no considerarse acto de disposición, es el de comprobar si la realización de dicho acto entra en las potestades de aquellas personas que ostentan la administración legal de bienes ajenos. Y cuando se trata de actos que la ley permite a ciertos administradores y prohíbe a otros (salvo que cuenten con autorizaciones especiales) hay que ponderar el resultado que el acto persigue para comprobar si es equiparable a aquellos actos que la ley no permite realizar a ningún administrador legal (vedaderos actos de disposición) o si, por el contrario, son actos, que, pese a su gravedad, persiguen un resultado que los aproxima a los actos de administración propiamente dichos. Esta segunda clase de actos están comprendidos en las facultades del marido, pues el nuevo artículo 1.413 no debe ser extensivamente interpretado, por lo cual sólo aquellos actos que claramente tengan naturaleza dispositiva serán los que el marido no podrá realizar por sí con plena eficacia.

La ley concede, por regla general, a los administradores legales de bienes ajenos la representación judicial de sus administrados, la que pueden ostentar sin necesidad de cumplir determinados requisitos. Únicamente a los tutores se les exige autorización del Consejo de familia, salvo que se trate de juicios verbales (art. 269 del C. c.). Como, además, el ejercicio de acciones judiciales por su finalidad (conservación y defensa) coincide con lo que es característico de los actos de administración, aunque su gravedad e importancia sea mayor, parece claro que dicho ejercicio no constituye un acto de disposición propiamente dicho. Por consiguiente, el marido no tendrá necesidad de contar con el consentimiento de su mujer o autorización judicial para asumir la representación procesal de la sociedad de gananciales.

Abona este punto de vista el hecho de que el marido es el representante legal de su mujer, representación que en la esfera judicial no tiene otra limitación que la del artículo 1.383 relativa a los

(261) En el Tratado de PLANOL RIBERET: Ob. cit., I, pág. 293.

bienes paraernales. Y esta excepción, que incluso respecto de los propios bienes paraernales es interpretada restrictivamente por la Jurisprudencia (cfr. S.s. de 31 de diciembre de 1897, 15 de febrero y 20 de octubre de 1908, 29 de noviembre de 1927, etc.), no puede, por su propia índole, ser aplicada extensivamente, y menos aún referida a los gananciales que son también, no lo olvidemos, bienes propios del marido. En tema de condominio ordinario la Jurisprudencia ha proclamado reiteradamente que cualquier condeño puede ejercitarse, siempre que lo haga exclusivamente en beneficio propio, las acciones que corresponden a la comunidad.

Creemos, por lo tanto, que el marido puede ejercitarse acciones (o defender como demandado los intereses de la sociedad de gananciales) referentes a bienes inmuebles o establecimientos mercantiles sin que para ello necesite el consentimiento de su mujer ni autorización judicial.

En nuestra opinión, pues, el artículo 1.413 del Código civil, no limita, en principio, la legitimación procesal del marido respecto de los bienes gananciales, aunque éstos sean inmuebles o establecimientos mercantiles. Pero esto no significa que las facultades del marido sean omniomodas dentro del proceso, ni tampoco que pueda zanjar cualquier cuestión, referente a bienes gananciales que tengan aquella condición, sustituyendo el proceso por alguno de los mecanismos que la moderna técnica jurídica llama equivalentes jurisdiccionales.

#### A) *La transacción y otros supuestos afines.*

No parece que puedan suscitarse muchas dudas sobre que nuestro derecho positivo considera la transacción como un acto de disposición. La ley siempre que se enfrenta con el problema de si la transacción está comprendida en las facultades de un administrador legal de bienes ajenos lo resuelve en sentido negativo, es decir, exigiendo la concurrencia de determinados requisitos (cfr. artículos 1.810, 1.811 y 1.812 del C. c., 1.360 de la I.E. c.). El artículo 1.713 del Código civil incluye expresamente la transacción entre los actos de «riguroso dominio».

A pesar de lo terminante que resulta el criterio que puede extraerse de estos preceptos no resulta superfluo examinar cuáles las razones que puedan justificarlo, lo cual nos permitirá contrastar si, dada su especial naturaleza jurídica, la transacción es realmente un acto de disposición. Si la respuesta fuera negativa, podría quizás pensarse que el marido no necesita, para transigir sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales, al menos en ciertos casos, el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. La investigación nos será útil, además, para saber cuáles son las facultades del marido en relación con otros supuestos que tienen cierto parentesco o afinidad con la transacción propiamente dicha.

El problema central que se ha planteado la doctrina al estudiar la naturaleza jurídica de la transacción, problema de evidente inte-

rés para nuestro tema, es el de la naturaleza, traslativa o declarativa, de aquél contrato.

La antigua doctrina, bajo el peso del brocado «transigir es enajenar», había entendido que la transacción es realmente un acto traslativo de derechos, equiparable, en este sentido, a una enajenación cualquiera. Esta opinión, aceptada por alguno de nuestros comentaristas, se funda en la idea de que por la transacción cada uno de los contratantes cede una parte del derecho de que se cree asistido. Por el contrario, la opinión, posiblemente dominante, en la actualidad centra el problema en la finalidad y función propia de la transacción, prevenir o cortar un litigio, o dicho con expresión más científica, y seguramente más correcta, eliminar la incertidumbre en una relación jurídica. De acuerdo con esta orientación se asigna a la transacción el carácter de acto simplemente declarativo de derechos. Tiene esta postura su fundamento en la idea de que en la transacción no hay intención de transferir ni de adquirir la propiedad, o en general, la titularidad del derecho subjetivo litigioso, sino que solamente se trata de renunciar (total o parcialmente) a una pretensión sobre una cosa o un derecho, y de reconocer (también total o parcialmente) la pretensión ajena.

En nuestra opinión este planteamiento de la cuestión, que es el tradicional, resulta parcial e incorrecto.

En efecto, la teoría declarativa opera conceptualmente sobre la idea de que en cuanto la transacción comporte una renuncia o un reconocimiento, esta renuncia o este reconocimiento no se refieren a los derechos de las partes, sino a sus pretensiones. En este sentido, SANAHUJA (262) recoge la definición que da MANUEL DE LA PLAZA de la renuncia procesal a la acción considerándola como la declaración que hace el actor de que su demanda es infundada. Nosotros, sin decir que tal concepto sea inexacto, sí sostendremos con CARNELUTTI (263) que la renuncia (abandono de la pretensión) y el allanamiento (abandono de la discusión), aunque se piensen como puros conceptos procesales, implican en el fondo *la renuncia o el reconocimiento* del derecho controvertido de que se trate. Como dice el genial procesalista italiano, la pretensión y la discusión, como hechos que son, no pueden renunciarse en sí mismos, porque, como tales hechos, no pueden ser objeto de una disposición, y sólo el derecho correspondiente a la pretensión. Se renuncia, pues, o se reconoce, el derecho eventual que sirve de soporte a la pretensión. Ciertamente, si el derecho renunciado no existía la renuncia no surtirá otros efectos que los puramente procesales de dar por terminado el procedimiento con una sentencia favorable al favorecido por la renuncia, e impedirá, tanto en este caso como en el de haberse realizado por vía transaccional fuera del proceso.

(262) Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea, en «Revista de Derecho privado», 1945, pág. 233.

(263) *Ob. cit.*, I, pág. 198.

y en virtud de los efectos de «cosa juzgada» que también se ligan a la transacción, que vuelva a reproducirse el proceso sobre la misma cuestión. Pero si efectivamente el derecho que servía de base a la pretensión correspondía al renunciante, se ha producido claramente un efecto de derecho material, aunque éste aparezca involucrado con el efecto procesal. Análogos resultados cabe apreciar en tema de reconocimiento.

Tanto la renuncia como el reconocimiento, especialmente, en cuanto se produzcan fuera del proceso o con independencia del mismo, y si se hacen con la finalidad de eliminar un litigio (haya o no tenido éste repercusión procesal) surten efectos de derecho material que consisten en la eventual modificación de las relaciones jurídicas a que se refieran en el supuesto de que las mismas no fueran tal como resulten después de la renuncia o del reconocimiento. Como dice VON TUHR (264) debe distinguirse entre dos distintas clases de reconocimiento, el reconocimiento en el sentido de declaración de ciencia, que es una manifestación de la que se desprende que su autor está convencido de que existe un hecho y el reconocimiento como declaración de voluntad que fija los términos de una relación jurídica incierta o insegura en su estado y alcance. En este segundo caso, el reconocimiento es un negocio jurídico por cuanto que entraña la voluntad de efectuar eventualmente una modificación jurídica siempre que el resultado de la declaración difiera de la realidad, ya que en adelante debe reconocerse como derecho lo que se reconoce y no lo que existía antes del reconocimiento.

El reconocimiento que tiene lugar en la transacción (reconocimiento de la pretensión ajena, al igual que la renuncia) pertenece a este segundo grupo, y no constituye una simple declaración de ciencia (confesión). Con esto no queremos significar que nos sumemos a la antigua teoría traslativa. Cuando uno de los que transige renuncia a su eventual derecho sobre una finca litigiosa, por ejemplo, no hace esta renuncia para transferir su derecho a la otra parte, sino *aunque* dicha renuncia comporte efectivamente la transferencia, y ello es así precisamente porque la finalidad perseguida por las partes con la transacción no es operar una transferencia (aunque no la excluyan como efecto, diríamos reflejo, del negocio) sino zanjar un litigio.

Las consideraciones que anteceden iluminan sólo, en parte, el campo de nuestra investigación. A tenor de las mismas puede sostenerse que el reconocimiento del derecho ajeno (o la renuncia al propio derecho), implícitas en la transacción deben equipararse, especialmente, desde el punto de vista de la capacidad para realizarlas, a una verdadera disposición porque aunque no la comparten necesariamente no la excluyen y pueden efectivamente implicarla. Ahora bien, si sólo nos atuviéramos a este aspecto sustan-

---

(264) *Ob. cit.*, III, pág. 280.

tivo o material de la transacción tendríamos que concluir que en ciertos supuesto de transacción, y para alguna de las partes, no debiera exigirse la capacidad para disponer de los derechos objeto del litigio. En lo que SANAHUJA (265) llama transacción pura, la renuncia y el reconocimiento se dan por ambas partes, y, por lo tanto, a las dos debe exigirse la capacidad para disponer de las relaciones jurídicas litigiosas. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que litigan sobre la propiedad de una cosa y transigen la cuestión dividiéndola por mitad. Proyectando el ejemplo sobre el tema de nuestro estudio si los litigantes están casados bajo el régimen de gananciales y el objeto discutido tiene, en principio, este carácter ambos habrán de contar con el consentimiento de sus respectivas esposas. Pero la renuncia o el reconocimiento pueden presentarse del lado de uno solo de los dos contratantes. Eso lo que SANAHUJA denomina transacción impropia. Supongamos que en el ejemplo antes propuesto la discusión se zanja adjudicando la cosa por entero a una de las partes recibiendo la otra una cantidad de dinero en cambio. En este caso, la necesidad de la licencia uxoria parece clara respecto de aquel de los contratantes que renuncia a sus eventuales derechos sobre la finca a cambio del dinero, pero parece también claro, que el otro contratante no precisa para nada que su esposa le dé autorización. La operación, para él, semeja una compra y la compra puede realizarla el marido sin consentimiento de su mujer.

Si el problema que nos hemos planteado hubiéramos de resolverlo atendiendo sólo aspecto material de la transacción y a sus efectos puramente patrimoniales no hay duda de que debiera prosperar esta solución ecléctica fundada en la distinción de casos y en la discriminación de la postura de las partes según el contenido transaccional de cada caso. Sin embargo, la naturaleza de la transacción no se agota en un análisis de su aspecto puramente material o sustantivo. La institución presenta una vertiente procesal sumamente interesante para descubrir alguna de sus peculiaridades.

Habida cuenta de la finalidad específica que se cumple con la transacción hay que considerarla como un «equivalente jurisdiccional», según frase certera y feliz de CARNELUTTI. Cuando la solución de un litigio (finalidad primordial del proceso) se obtiene fuera del proceso y en forma pacífica y que los interesados consideran justa, o si no justa, al menos arreglada a sus intereses, puede llamarse al medio jurídico a través del cual se obtiene la solución del conflicto equivalente jurisdiccional, porque justamente la solución que gracias a él se obtiene, equivale a la que podría haberse obtenido con la intervención del órgano jurisdiccional y en suma del proceso.

Este especial significado de la transacción explica las peculiaridades que se observan en sus efectos, más contundentes, valga la expresión, que los ligados a los contratos en general. Nuestro

(265) *Ob. cit.*, pág. 233.

Código señala certeramente esta especialidad al decir en su artículo 1.816 que la transacción tiene para las partes valor de «cosa juzgada». ¿Qué quiere decir esto?

Como es sabido, los efectos de la cosa juzgada son de un doble orden, lo que ha dado lugar a que los procesalistas hablen de cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La posible eficacia constitutiva que toda sentencia firme lleva consigo (la antigua doctrina afirmaba que la sentencia contiene una presunción de verdad) explica el paralelismo entre la transacción y la cosa juzgada material. El efecto práctico de la cosa juzgada material se obtiene a través de la excepción perentoria de cosa juzgada. También la llamada *exceptio litis per transactionem finatae* excluye la posibilidad de un proceso sobre el asunto transigido. Semejante efecto se produce no tanto como consecuencia de una supuesta obligación de no ejercitar la acción, contraída por el que transige, obligación que podría fundar, de ser incumplida, una indemnización de daños y perjuicios, pero que difícilmente podría eliminar una sentencia que pudiera resultar contraria a la transacción, si no por la finalidad misma de la transacción realizada por el concepto secundo de equivalente jurisdiccional.

Por cosa juzgada formal se entiende, como dice CARNELUTTI (266), la preclusión del derecho a provocar el cambio de la decisión del órgano jurisdiccional, es decir, del derecho a impugnar la sentencia. Se produce en virtud de dicha preclusión lo que D<sup>E</sup> LA PLAZA llama inmutabilidad de la sentencia, expresión dentro de la que nuestro procesalista resume el alcance de la cosa juzgada formal. Consecuencia de dicha inmutabilidad, como dice dicho autor, es que la misma abre paso a la ejecución del fallo.

Aunque la fuerza ejecutiva de la sentencia firme sólo es referible, por mandato del propio artículo 1.816, a la transacción judicial, el paralelismo entre los efectos de la transacción y de la cosa juzgada formal se pone de relieve a través de la impugnabilidad de aquella que discurre por cauces propios cuyas peculiaridades se explican precisamente por la asimilación legal entre los efectos de la transacción y los de la cosa juzgada.

Así el error *iuris* (que puede estimarse vicio del consentimiento en los contratos, según ya admitió la S. de 4 de abril de 1904) no es en ningún caso base para impugnar la transacción, según ha admitido de antiguo la doctrina tradicional y según resulta de nuestro propio Código que en su artículo 1.817 (2.<sup>º</sup> párrafo) se refiere, tan sólo, al error de hecho. Y puesto que la controversia a que la transacción se refiera lo mismo puede tener por objeto a una *questio iuris* que una *questio facti* parece obligado concluir que no todos los errores de hecho podrán servir de base para impugnar una transacción. No habrá, a nuestro juicio, error de hecho propiamente dicho cuando la parte que transige daba por cierto un de-

(266) *Ob. cit.*, I, pág. 351.

terminado hecho cuya prueba no podría aportar y que hubiera podido ser ofrecida de haber tenido noticia de determinados elementos de prueba que aparecen después de transigida la cuestión (267). Sólo cuando el que transige dió por cierto un hecho que no lo era o por incierto un hecho verdadero, tendremos un error con trascendencia anulatoria de la transacción, y siempre, además, que no estemos en alguno de los supuestos a que se refieren los artículos 1.817 párrafo 2.<sup>º</sup> y 1.819 del Código civil.

Este segundo aspecto tan relevante de la transacción es el que impide aceptar las conclusiones que en tema de capacidad se desprendían del estudio puramente sustantivo, y, por lo tanto, unilateral, del instituto. Su eficacia especial impide asimilarlo a otro tipo contractual aunque atendido su contenido patrimonial la transacción se le parezca. Y así en el ejemplo que antes propusimos aunque se tenga la impresión que la transacción equivale a una compra, la semejanza es puramente externa y superficial y no puede servir de base para extraer conclusiones fundamentales en temas tan importantes como el de la capacidad para celebrar el negocio.

Supuesta la dimensión procesal de la transacción parece que debiera llegarse a la conclusión de que el marido (representante procesal, según hemos dicho, de la sociedad de gananciales) ha de poder concluirla por si solo, al menos siempre que desde el punto de vista sustantivo no pueda equivaler a una disposición eventual sobre inmuebles. No creemos, sin embargo, que sea ésta la conclusión a que deba llegar. Precisamente la *ratio* de los artículos 1.810 y siguientes del Código civil, no está en que dicho cuerpo legal considere la transacción como un acto traslativo. Si así fuera no tendría sentido que deba tener capacidad para enajenar (exigida por el 1.812 sin distinciones) aquella de las partes que efectúe la transacción «reteniendo» (para usar la terminología del Código) mediante el pago de una suma o realización de otra prestación. Los padres, facultados para disponer de bienes de sus hijos sin autorización judicial, salvo que se trate de inmuebles, necesitan, sin embargo, dicha autorización cuando transigen si el valor de los objetos a que la transacción se refiera rebasa las 2.000 pesetas. Finalmente, y no agotamos con ello los argumentos, si la razón de exigir capacidad para enajenar a los que transigen fuera la estimación de la transacción como acto dispositivo, el poder para enajenar debiera bastar para transigir, y, sin embargo, el artículo 1.713 del Código civil, separa ambos conceptos y exige para la transacción mandato expreso.

A nuestro entender, la razón de este rigor legal se encuentra también en la especial naturaleza de la transacción como *equivalente jurisdiccional*. La propia expresión subrayada demuestra que

---

(267) A esta idea responde, aunque por un lado la desarrolle en forma incompleta y de otro su contenido sea demasiado drástico, el artículo 1.818 del Código civil.

la transacción vale como el proceso, sustituye al proceso, pero no es el proceso mismo. La intervención del órgano jurisdiccional representa y presupone unas garantías de las que prescinden las partes cuando por vía de trasacción proceden a «autocomponer» el conflicto de intereses determinante del litigio. Por ello, se exige para transigir, como dice acertadamente la S. de 24 de abril de 1941, la plena facultad dispositiva sobre las relaciones jurídicas sobre las que recae o puede recaer la transacción.

Por consiguiente, cuando la transacción verse sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, el marido necesitará, para celebrarla, a licencia de su esposa. No así cuando se refiera a otras materias, aunque puedan guardar relación con la propiedad inmobiliaria o comercial siempre que la disponibilidad a título oneroso de las relaciones jurídicas de que se trate no esté limitada al marido.

La posibilidad de impugnar una transacción realizada por el marido sin la licencia uxoria, en aquellos casos en que la misma sea exigible, no significa que la mujer pueda obligar al marido a discutir judicialmente el asunto transigido, ni menos aún que quede legitimada para entablar, contra la voluntad de su esposo, los procedimientos que crea oportunos. Como hemos dicho, es al marido a quien corresponde la representación procesal de la sociedad de gananciales. Impugnada la transacción, y declarada sin efecto la misma, las cosas quedarán en el estado en que se encontraban antes de la celebración de aquélla. El marido pues, e igualmente la otra parte, podrán plantear procesalmente la cuestión disputada, e incluso la propia mujer estará facultada para hacerlo si posteriormente se le transfiere la administración de la sociedad conyugal, o si al disolverse la sociedad se le adjudica la cosa a que se refirió la cuestión litigiosa.

Lo dicho respecto de la capacidad del marido para transigir vale para dos figuras con notable parentesco con la transacción y que son la renuncia a la acción y el allanamiento. CARNELUTTI (268) considera ambas figuras, al igual que la transacción, equivalentes jurisdiccionales. El criterio de este autor es exacto si aceptamos que la renuncia a la acción (distinta del simple desistimiento) y el allanamiento determinan necesariamente una sentencia absolutoria de la demanda (en el primer caso) o condenatoria (en el segundo caso). De tener la renuncia y el allanamiento este alcance es claro su significado como equivalentes jurisdiccionales, ya que la sentencia, aunque necesaria formalmente para la total eficacia de una u otra, se dicta sin que el Juez examine el fondo del asunto. La solución le viene dada por el comportamiento de las partes. La doctrina procesal española (269) estima que el Juez debe fallar con sentencia y de acuerdo con los términos que resulten de la renuncia o del

(268) *Ob. cit.*, I, pág. 198.

(269) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, págs. 166-167; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, I, págs. 281 y sigs.

allanamiento. Por esto resulta lógico que se exija para la renuncia y el allanamiento la misma capacidad que se exige para transigir, es decir, la necesaria para disponer del derecho al que se refiere la renuncia o el reconocimiento (270). De aquí se deduce, por consiguiente, que el marido no podrá sin consentimiento de su mujer renunciar a una acción real sobre bienes inmuebles que tengan carácter ganancial, así como tampoco allanarse a la que contra él se hubiere entablado y que se refiera a bienes de la misma condición. El Juez que ha de comprobar si se dan los presupuestos procesales de la renuncia o el allanamiento debe, a nuestro juicio, controlar también (con criterios de derecho material) la capacidad y el poder dispositivo del que renuncia o se allana, no quedando vinculado por la actitud de las partes si no se dan aquellos requisitos.

Próxima, en sus defectos, al allanamiento puede encontrarse la confesión. Como dice CARNELUTTI (271) dado el valor absoluto de prueba legal atribuido a la confesión es lógico que, por lo menos en algunos casos, deba reconocerse a lo que en realidad es una declaración de ciencia el alcance de una declaración de voluntad. En nuestro derecho, también tiene la confesión una eficacia privilegiada como medio de prueba. Así resulta de los artículos 580 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.232 del Código civil. A tenor de ambas disposiciones, dice GUASP (272) el Juez está vinculado a reconocer como probada la existencia o inexistencia de los hechos confesados por el declarante en cuanto que le sean perjudiciales. Lo que ocurre, como pone de relieve el mismo autor (273), es que si la confesión concurre con otros medios de prueba diferentes se produce un fenómeno que se resuelve encomendando al órgano jurisdiccional la libre estimación y la apreciación conjunta de todas las pruebas, que es lo que ha proclamado reiteradamente la Jurisprudencia, sin que ello presuponga negar el valor que tiene la confesión como prueba legal. En cuanto a la capacidad para prestar confesión el Código civil en el artículo 1.231 dice, de un modo vago e inconcreto, que para la validez de la confesión es necesario que el confesante tenga capacidad legal para hacerla, sin aclarar en qué debe consistir esta capacidad legal.

Las opiniones de los autores son un tanto ambiguas. Según MANRESA (274) para la confesión judicial debe bastar la capacidad para comparecer en juicio. DE BUEN, entiende que el artículo 1.231

(270) En ese sentido, CARNELUTTI: *Ob. cit.* I, pág. 198; PRIETO CASTRO, obra y lugar citados; DE LA PLAZA: *Derecho Procesal civil español*, I, página 588; GUASP: *Ob. cit.*, pág. 166, cree que basta la simple capacidad procesal aunque advierte que el Juez puede rechazar la pretensión si estima que sus fundamentos de derecho no existen o deben ser utilizados de manera distinta a como lo hace el actor, o que los hechos alegados son manifiestamente falsos, o finalmente que el objeto del litigio está sustraído al poder de disposición de las partes.

(271) *Ob. cit.*, II, pág. 484.

(272) *Ob. cit.*, II, pág. 479.

(273) *Ob. cit.*, II, pág. 483.

(274) Cit. por CASTÁN: *Ob. cit.*, pág. 671.

ha de interpretarse en el sentido de no dar valor a la obligación reconocida por confesión cuando esa obligación no pueda ser contraída de un modo válido por el confesante (275). CARNELUTTI (276) interpretando el artículo 1.361 del antiguo Código civil italiano sostiene que el confesante ha de tener poder de disposición sobre los objetos a que la confesión se refiere, y exige, en la confesión, los mismos requisitos de capacidad y legitimación que para la transacción. GUASP (277) entiende que del artículo 1.232 se desprende que la confesión requiere la capacidad negocial que muchas veces coincide con la capacidad procesal y otras se aparta de ella. En nuestra opinión, en la confesión judicial debe bastar la capacidad para comparecer en juicio. Aunque el hecho confesado haya de tenerlo el Juez por probado, salvo que el efecto aprobatorio de la confesión quede desvirtuado por la concurrencia de otros medios de prueba, ello no significa que quede vinculado por las consecuencias jurídicas de ese hecho, si del mismo brota una obligación que no tenía capacidad para contraer el confesante. Pero esto no significa que la confesión haya de carecer de valor totalmente. Si un menor emancipado por matrimonio confiesa haber recibido una cantidad en préstamo, ello no es óbice para que el préstamo sea nulo. Pero el hecho de que el menor recibió efectivamente el dinero prestado, lo que le constituirá en la obligación de restituirla al menos en la medida determinada por el artículo 1.304, puede quedar perfectamente acreditado por la confesión. La capacidad de derecho material, y el pleno poder dispositivo sobre los objetos del litigio sólo pueden ser exigidos cuando la confesión vincule al Juez (así parece ocurrir en el caso de juramento decisorio, cfr. art. 1.237) o cuando los hechos confesados de ser falsos presupondrán necesariamente la realización de una disposición para la que el confesante carece de capacidad o poder suficiente. El artículo 1.232 establece que la confesión hace prueba contra su autor, pero se exceptúa el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes. Precepto que, a nuestro juicio, quiere decir que la confesión no tiene valor vinculante (ni para el Juez ni para el confesante) cuando el hecho confesado, de ser inexacto, implicaría directa y necesariamente la vulneración del derecho objetivo. Aunque la confesión es, en principio, una simple declaración testimonial o declaración de ciencia, no se puede olvidar que puede ser utilizada con fines dispositivos (278). Por ello, nos parece que la confesión de un

(275) Cfr. por CASTÁN en obra y lugar citados.

(276) *Ob. cit.*, II, pág. 484.

(277) *Ob. cit.*, II, pág. 458.

(278) La norma tiene, sin embargo, excepciones. Interesa resaltar la que constituye el artículo 1.344 del Código civil relativo a la dote confesada. La confesión de dote, según dicho precepto, vincula al marido y hace prueba contra él y sus herederos, aunque no perjudique a terceros (acreedores y legitimarios). El marido, o sus herederos, pueden impugnar la confesión probando su inexactitud. Como dice GrASP (*Ob. cit.*, pág. 485), pese a la

hecho que llevaría consigo necesariamente, de no ser cierto, la transmisión de la propiedad o un derecho real de carácter ganancial, vulnerando lo preceptuado por el artículo 1.413 del Código civil, carecerá del valor probatorio que le asigna el artículo 1.232, sin perjuicio de que el Juez por el conjunto de las pruebas estime, sin embargo, que es cierto el hecho confesado.

Lo dicho para la confesión judicial puede aplicarse a la confesión extrajudicial y al reconocimiento extrajudicial de derechos. El artículo 1.232 del Código civil es aplicable, como ha puesto de relieve GONZÁLEZ PALOMINÓ (279), tanto a la confesión judicial como a la extrajudicial. Por consiguiente, también la limitación formulada en el segundo párrafo del precepto es referible a la confesión extrajudicial, o al reconocimiento de derechos con valor testimonial, que es, en suma, una manifestación de la confesión. Si el marido reconoce que es de la propiedad ajena un bien que aparentemente pertenece a la sociedad de gananciales, o confiesa un hecho del que resulta indefectiblemente que dicho bien es de la pertenencia en todo o en parte de tercera persona (por ejemplo reconoce que adquirió para sí y para tercero como mandatario sin poder una finca que se inscribió íntegramente a nombre del marido, y, por tanto, de la sociedad conyugal) esa declaración, aunque testimonial en su estructura externa, debe ser tratada *prima facie* como declaración de voluntad. Por lo tanto, ni podrá ser autenticada en escritura pública ni inscrita en el registro (280) y, en cualquier caso, la mujer podrá impugnar el reconocimiento o confesión efectuados por el marido sin su consentimiento. De lo contrario, el artículo 1.413 del Código civil devendría letra muerta, ya que le bastaría al marido confesar unos hechos inexactos para que la mujer se viera en el trance de tener que pasar por un acto de disposición (embozadamente celebrado) llevado a cabo sin su consentimiento,

---

dicción literal del artículo 1.234 del Código civil hay que entender que la confesión puede ser impugnada siempre que sea inexacta aunque no haya habido error. Mientras la confesión no sea impugnada y demostrada su inexactitud vincula al marido y a sus herederos, quienes tendrán que pasar por ella. A nuestro juicio, esta solución es aplicable a los parafernales que hayan quedado en poder del marido. El fundamento del artículo 1.244 se encuentra, sin duda, en la dificultad de probar la existencia de bienes dotales, especialmente por la interferencia del artículo 1.407 del Código civil. Negar todo valor a la confesión del marido sería, prácticamente, dejar, muchas veces, indefensa a la mujer. La razón es igualmente referible a los parafernales (directos o por subrogación) que queden en poder del marido. La remisión constante en tema de parafernales a las normas que regulan la dote inestimada (Cfr. arts. 1.384, 1.389 y 1.391 del Código civil), justifican el que no obstante ser el artículo 1.344 un precepto que excepciona lo que dispone el 1.232 pueda ser aplicada a los parafernales que hayan quedado en poder del marido.

(279) Negocio jurídico y documento, págs. 141 y sigs.

(280) Ver sobre este punto lo expuesto anteriormente al ocuparnos del valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer ni autorización judicial.

so pena de probar que efectivamente fué falsa la confesión. La facilidad con que puede utilizarse una declaración simplemente testimonial para encubrir una verdadera disposición aconseja, pues, aplicar *preventivamente* a ciertas declaraciones testimoniales los requisitos y presupuestos de la de las declaraciones dispositivas. Sin embargo, esto no significa que la declaración testimonial se confunda con la declaración dispositiva. Precisamente por eso el favorecido por el reconocimiento o la confesión del marido podrá paralizar la impugnación de la mujer demostrando (inversión, pues, de la carga de la prueba) que el hecho confesado o reconocido por el marido es cierto. Es decir, que mientras la impugnación de una declaración dispositiva otorgada por el marido sin el consentimiento de su mujer no puede ser enervada en ningún caso, si lo que se impugna es una declaración testimonial (sospechosa de encubrir una verdadera disposición) la impugnación queda frustrada mediante la demostración de que efectivamente se trataba simplemente de una declaración de ciencia, demostración que resultaría de la prueba (por medios distintos de la confesión o del reconocimiento) de que los hechos afirmados por el marido son realmente ciertos.

B) *El compromiso*.—Bien porque se vea en el compromiso una transacción encomendada a terceros, bien por razón de la desconfianza que inspira un proceso (si realmente lo es el arbitral) susstraído al conocimiento de los Tribunales, lo cierto es que en tema de capacidad y de legitimación para comprometer se aprecia un paralelismo perfecto con la transacción. Así lo aprueba el artículo 1.820 del Código civil, e igualmente lo confirma el artículo 13 de la vigente Ley de Arbitrajes privados, que exige para comprometer la capacidad para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecta el compromiso. Prescindiendo de las posibles alteraciones que la nueva norma haya podido determinar en las reglas particulares que contenía el Código civil (por remisión del artículo 1.820 a los preceptos reguladores de la capacidad para transigir), es lo cierto que nuestro problema queda resuelto de modo indudable por el artículo 13 de la Ley de Arbitrajes privados que acabamos de citar. Siempre que el compromiso afecte al dominio o un derecho real inmobiliario que tenga carácter ganancial (o a un establecimiento mercantil), el marido necesitará el consentimiento de su mujer para otorgar el compromiso.

En cambio, para pactar lo que la nueva ley llama contrato preliminar de arbitraje no parece necesaria, a tenor del artículo 7.<sup>o</sup> de la propia ley, la licencia uxoria. Pero, ¿cuál será, de todos modos, el valor de este contrato preliminar si fué otorgado por el marido sin el consentimiento de la mujer? ¿Quedará abierta a la otra parte la posibilidad de exigir judicialmente que se proceda a la ulterior formalización del compromiso? A nuestro juicio la respuesta afirmativa haría prácticamente inútil, en la mayor parte de los casos, lo establecido en el artículo 13. La coordina-

ción obligada de los dos preceptos lleva a sostener como única solución posible, a nuestro juicio, que aunque la capacidad para enajenar (o el pleno poder dispositivo) no se exijan para celebrar el contrato preliminar de arbitraje es necesario que una y otro concurran posteriormente, cuando se trate de otorgar el compromiso definitivo o de exigir judicialmente su formalización, pudiendo el Juez acceder a lo pedido solamente si el demando tiene en el momento de proceder a la formalización judicial la capacidad o el poder de disposición apetecidos. Por consiguiente, si la mujer de uno de los otorgantes del contrato preliminar de arbitraje se niega a la celebración del compromiso el Juez no podrá proceder a formalizar el arbitraje. Únicamente en caso de que la limitación que afecta al poder dispositivo del marido haya desaparecido cuando se exija la celebración del compromiso (por ejemplo, el marido ha quedado viudo y es heredero universal de su mujer, o los herederos de ésta no se oponen, o resulta adjudicatario del bien a que se refiere la controversia en la liquidación de la sociedad de gananciales) el Juez podrá imponer su formalización.

Si la mujer consintió el contrato preliminar de arbitraje entendemos que no será necesario que le reitere su consentimiento después, al otorgarse el compromiso. Tampoco creemos que pueda ya oponerse a su formalización. Nos remitimos sobre este punto a lo que dijimos al ocuparnos de la promesa de venta y la referencia que allí hicimos a la teoría general del contrato.

Con el estudio de las posibles repercusiones procesales del artículo 1.413 del Código civil, terminamos nuestro trabajo, cuya extensión ha rebasado, con mucho, los límites que nos habíamos trazado al comenzarlo. Dijimos al principio que no nos proponíamos hacer una crítica de la reforma, sino simplemente exponer los más importantes problemas que puede suscitar su aplicación e interpretación. Creemos que a lo largo de cuanto hemos escrito nos hemos mantenido rigurosamente fieles a este propósito inicial.

Sin embargo, y para concluir, no podemos silenciar nuestra disconformidad con el nuevo sistema de garantías que el legislador ha tenido a bien introducir en nuestro Derecho positivo para defensa de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales. De cuanto hemos dicho se desprende, a nuestro entender, una conclusión clara. El nuevo artículo 1.413 del Código civil constituye un obstáculo, una traba, un entorpecimiento, en fin, que se ha impuesto a los poderes del marido en su calidad de jefe de la familia y administrador de la sociedad de gananciales. Pero para la mujer resulta una garantía imperfecta e incompleta. La debida protección de los intereses de la esposa, especialmente cuando la vida conyugal no discurre con normalidad, exige, a nuestro juicio, otras medidas diferentes. El patrimonio reservado, la posibilidad de recabar la administración de los bienes comunes en casos graves de incompetencia o inmoralidad probadas del marido, aunque ello no acarree la disolución de la sociedad de gananciales, el reconocimiento de la separación de hecho, como situación susceptible de trascender a la esfera de las relaciones patrimoniales, son la única defensa, verdaderamente eficaz, que cabe dispensar a la mujer para evitar que un varón sin escrúpulos pueda abusar de la posición privilegiada que todavía, como jefe de la familia, hay que concederle. La nueva ley no ha aligerado las trabas excesivas que aún atan en nuestro Derecho positivo a la mujer casada. Continúa en todo su vigor la licencia marital cuyo ámbito de aplicación debe, cuando menos, reducirse mucho. Y, en cambio, se ha creado una nueva licencia, un nuevo derecho de voto. Cualquiera que sea la construcción técnica que se formule para explicar la naturaleza del consentimiento *uxoris*, no cabe duda de que prácticamente el alcance de la reforma se reduce a otorgar a la mujer el derecho de vetar ciertos actos de su marido. Por esta razón, nosotros, que no sentimos ninguna simpatía por el derecho de voto, expresión en cualquiera de sus manifestaciones de algo esencialmente negativo y destructivo, no podemos, tampoco, estar de acuerdo con la solución que el legislador ha querido dar a lo que sin dura era, y sigue siendo, un problema de trascendental interés: la necesidad de fundar en bases más justas y más conformes con las exigencias de la época en que vivimos la posición jurídica de la mujer casada.



# Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjeros en España

## Principios que rigen su celebración

LUIS PORTERO SÁNCHEZ

Profesor de Derecho Canónico en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Matrimonios de españoles en el extranjero:

a) Cuestiones de fondo. b) Cuestiones de forma.—3. Matrimonios de extranjeros en España: a) Cuestiones de fondo. b) Cuestiones de forma.

### I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho evidente el aumento experimentado en los últimos años por los matrimonios internacionales. Los continuos avances de la técnica y el perfeccionamiento de los medios de locomoción, juntamente con las circunstancias político-económicas por las que el mundo atraviesa, han traído como consecuencia un inusitado incremento de intercambios demográficos en la mayoría de los países. Ello trae consigo, naturalmente, el que muchas personas se establezcan en forma más o menos estable fuera de su país de origen y al cabo del tiempo decidan formar allí su hogar.

Los matrimonios de españoles en el extranjero vienen produciéndose en gran escala a causa de la corriente emigración de muchos de nuestros compatriotas. Los de extranjeros en España, bastante más escasos que los anteriores, se han multiplicado a partir de la concesión por el Gobierno de bases militares a los Estados Unidos de Norteamérica, en virtud del Tratado bilateral de 1953.

Los problemas a que dan lugar tales uniones son muy variados y, no pocas veces, extraordinariamente complejos (1), a causa principalmente de la diversidad de criterios que imperan en cada nación en materia matrimonial, y que tienen como fundamento la diferencia de cultos y de concepciones político-sociales.

No es nuestra intención hacer un estudio exhaustivo de la materia y sí tan sólo delinear en breves trazos los principios generales que en torno a ellos rigen en nuestro Derecho, atendiendo al punto concreto de su celebración.

(1) Sobre algunos de ellos puede verse la interesante monografía de V. EMANUELE ORLANDO, *Problemi di diritto matrimoniale* (Nápoles, 1955).

Tres sistemas principales pueden seguirse en orden a la regulación de los matrimonios llamados internacionales por razón de los contraentes o del lugar en que se celebran:

a) Si se considera el matrimonio como una institución de derecho privado habrá que someterlo, como todas las de este tipo, a la "lex loci celebrationis".

b) Si se le considera como institución de derecho público, entonces hay que regularlo por la "lex patriae", en consideración a los intereses que en él tienen la Sociedad y el Estado, si bien teniendo en cuenta la posible aplicación en algún caso del Orden Público.

c) Si se considera institución sagrada, entonces hay que aplicar el *Derecho religioso* (2).

En España se admiten, a tenor del artículo 42, del Código civil, dos clases de matrimonio: el canónico para los que profesan la religión católica, y el civil para todos los demás. Habrá, pues, que tener siempre presente esta dualidad matrimonial para determinar en cada caso la legislación aplicable.

Esta legislación puede, por otra parte, hacer referencia a dos cosas cuya distinción está preñada de dificultades: al fondo o esencia del matrimonio y a la forma. La oscuridad aquí reinante comienza, como muy bien dice Batiffol (3) por un problema filosófico acerca del valor de estos conceptos, pues la regla interna e internacional designan muchas veces con el mismo concepto cosas no enteramente coincidentes. La misma noción de "forma" es muy imprecisa y da lugar a difíciles, cuando no insolubles, conflictos de calificación, por lo que algún autor ha atacado duramente esta diferenciación legal (4); admite la condicionadamente otros muchos porque, a su juicio (5), el hacer una distinción absoluta y a priori, en los conflictos de leyes, de las cuestiones que deben considerarse como forma y aquellas que sean de fondo, nos lleva probablemente a una arbitrariedad.

En efecto, la posibilidad de someter las formalidades extrínsecas de los actos a la "lex loci" y la necesidad de someter las cuestiones de fondo a la ley personal, presenta a los tribunales el enorme problema de separar cuáles hayan de comprenderse en una y otra acepción. E incluso, dentro de las formalidades concernientes a un acto, ¿cuándo, por ser impuestas *ad solemnitatem*, deben distinguirse de las condiciones habituales de forma y sustraerlas a la aplicación de la regla "*locus regit actum*"?

El problema es casi insoluble, considerado en términos generales, es decir, si se trata de establecer una clasificación precisa y clara de

(2) VERPLAETSE, *Derecho Internacional Privado* (Madrid, 1954), pág. 405 y siguientes.

(3) BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit International Privé* (París, 1956), pág. 41.

(4) FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht* (Berlín, 1926), vol. I, página 521.

(5) VAUTHIER, *Sens et application de la règle Locus Regit Actum* (Bruselas, 1926), págs. 36-37.

lo que debe considerarse fondo y forma en Derecho internacional privado. Porque en la concepción jurídica de muchos pueblos esta distinción no existe, a decir de algunos publicistas (6), sobre todo en aquellos que en ciertas materias apoyan su derecho civil en un derecho religioso.

Y en cuanto a distinguir entre forma *ad solemnitatem* y *ad probatum*, aparte algún autor que niega tal distinción (7), suele admitirse, si bien siguiendo diversos criterios y nunca estableciendo una regla general (8).

No obstante, la doctrina más correcta (9) entiende por requisitos de forma o extrínsecos aquellos que hacen referencia a las maneras de manifestarse eficazmente la voluntad del sujeto que entra a formar parte de un negocio jurídico; mientras que por requisitos de fondo o intrínsecos hay que entender aquellos elementos subjetivos (capacidad, consentimiento) u objetivos (causa del negocio, objeto) necesarios para que un acto sea válido en sí.

Con todo, la verdadera distinción entre el fondo y la forma hay que hacerla en cada legislación en particular, teniendo presentes los principios que la informan, pues un sistema rígido o general de distinción puede herir en bastantes casos los principios de legislaciones extranjeras. Por ello no nos ocuparemos aquí de solucionar estos problemas y trataremos de hacerlo en forma particular al estudiar el Derecho español.

Pasando, pues, a centrarnos en el tema de nuestro trabajo creemos oportuno, para su mejor comprensión, dividir la materia en dos grandes apartados: a) Matrimonio de españoles en el extranjero. b) Matrimonio de extranjeros en España.

## II. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

### a) Cuestiones de fondo.

Rige para ellas el artículo 9.<sup>a</sup> del Código civil, que dice: "Las leyes relativas a los derechos y deberes de la familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles aunque residan en el extranjero".

En consecuencia, todos los españoles se encuentran sometidos a lo

(6) VAUTHIER M., *Sens et applications...*, pág. 81.

(7) El famoso internacionalista Weiss, si bien reconoce que es una cuestión delicada.

(8) PULLET, *Manuel de Droit International Privé Belge* (Bruselas, 1925, página 322) señala que todo depende del interés que esta solemnidad proteja, y así si es un interés de familia, será la ley nacional la competente para decretar la solemnidad; si se trata de un interés territorial, será la ley del lugar en que se encuentren los inmuebles.

(9) GIACINTO Bosco, *Le nuove leggi sul matrimonio e la loro influenza nel Diritto Internazionale Privato Italiano*, en "Rev. di Diritto Internazionale", 79 (1930), pág. 363 y sigs.

preceptuado en los artículos 42 y siguientes del Código civil, dondequiera que se encuentren, mientras no pierdan su nacionalidad. A tenor de lo preceptuado en los mismos hay que distinguir entre católicos y acatólicos (10). A los primeros se les aplica el Derecho canónico en todo cuanto concierne a la capacidad para contraer matrimonio y, en general, en todo lo que se refiere a la constitución, validez y reglamentación jurídica del mismo (art. 75). Los segundos quedan sometidos a las prescripciones civiles.

Como consecuencia de la confesionalidad del Estado español, surge, a decir de la doctrina más acertada (11), un Derecho interpersonal superpuesto al Derecho internacional privado. Dicho Derecho interpersonal distingue entre católicos y acatólicos, aplicando siempre que se trate de una parte católica el Derecho canónico.

Es decir, nuestro Derecho hace de la profesión o no de la religión católica un requisito de fondo, remitiéndose para su calificación al Derecho canónico (12), siquiera en la práctica la Iglesia sólo tenga una intervención negativa (13) la mayoría de las veces.

Muy discutida ha sido la naturaleza de la aplicación de este Derecho en el ámbito civil. En Italia, con motivo de la publicación de la Ley de 27 de mayo de 1929 en aplicación del artículo 34 del Concordato con la Santa Sede, se presentó el problema en forma semejante, ya que el artículo 5.<sup>a</sup> de dicha Ley reenvía al Derecho canónico, no sólo en cuanto a la forma, sino en todo lo que respecta a la sustancia del matrimonio (14). Allí la discusión se centró en averiguar qué clase de reenvío es, si un reenvío material o receptivo, o más bien se trata de un reenvío formal.

La primera posición, según la cual el Estado hace suyas las normas del ordenamiento canónico, remitiendo a él por medio de las llamadas "normas en blanco" de la ley civil, es defendida por Grisóstomo Martíñi (15), Schiappoli (16) y Pachioni (17), entre otros. La segunda posición, según la cual el Estado lo único que hace es limitar su propia competencia en el matrimonio y atribuirla a otro ordenamiento jurídico, la acogen Rava (18), Falco y Del Giudice, fundándose en que

(10) Bajo este concepto consideramos comprendidos todos los que no profesan la religión católica.

(11) GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, (Buenos Aires, 1954), t. II, pág. 280.

(12) LUIS PORTERO, *Los Matrimonios mixtos y de acatólicos en España*, (Vitoria, 1959), págs. 67-68.

(13) Art. 41 del Decreto de 26 de octubre de 1956, art. 246 del Reglamento del Registro Civil y Circular de la Nunciatura a los Obispos españoles de fecha 25 de marzo de 1957.

(14) GIACINTO BOSCO, *Le nuove leggi...*, págs. 363-365.

(15) GRISOSTOMO MARTÍNI, *Il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative* (Roma, 1929), pág. 19.

(16) SCHIAPPOLI, *Il matrimonio nel diritto canónico* (Nápoles, 1929), pág. 20. Este autor afirma que las normas canónicas matrimoniales se convierten en Derecho civil al hacerlas suyas el ordenamiento jurídico positivo.

(17) PACHIONI, *Il diritto canónico e diritto dello Stato Italiano*, en "R. di diritto matrimoniale" (1934), págs. 57-58.

(18) RAVA, *Il nuovo diritto matrimoniale* (Padua, 1929), págs. 12 y sigs.

el Estado no actúa por medio de sus órganos el Derecho canónico, no haciéndole suyo verdaderamente. Además, dice Rava, la remisión que se hace no es al Derecho canónico actual, sino al Derecho canónico considerado "in genere", el cual puede ser cambiado por la Iglesia.

No faltan posiciones intermedias o eclécticas en torno a este problema, y así vemos cómo Giacinto Bosco (19) parece considerar que la remisión de que hablamos no es un reenvío en el propio sentido de la palabra, tal y como ésta se usa en Derecho internacional privado, sino una norma análoga únicamente. Y Vasalli (20), objetando la distinción tradicional que del reenvío suele hacerse, porque, según él, todo reenvío formal no es sino una forma de reenvío material, propugna la necesidad de superar estas disquisiciones formalistas y designar la remisión al Derecho canónico de la Ley italiana con un término más adecuado, que puede ser el de "recepción", siempre y cuando se tome en un sentido amplio.

También puede comprenderse en este grupo, atingue con alguna particularidad, a D'Avack (21), quien afirma no ser el Derecho canónico matrimonial el que el Estado reconoce o al que se refiere el ordenamiento civil, sino que este reconocimiento se refiere más bien a cada uno de los matrimonios canónicos que se contraigan; es decir, el Estado reconoce no al Ordenamiento canónico, sino a cada matrimonio que con arreglo a él se celebra.

En España también se han dividido los autores al estudiar las relaciones entre nuestro Derecho civil y el canónico. La teoría de la recepción material es defendida por García Cantero (22) y, en cierta manera, por Del Amo (23). Seguidor del reenvío formal puede considerarse a Maldonado (24); y la posición de D'Avack parece acogerla Romero Vieitez (25), quien entiende no se da una verdadera recepción del Derecho matrimonial canónico en nuestras leyes civiles, sino más

(19) GIACINTO BOSCO, *Le nuove leggi sul matrimonio...*, pág. 305.

(20) VASALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale* (Padua, 1932), t. I, pág. 117.

(21) D'AVACK, *La base giuridica del nuovo diritto matrimoniale concordatario* (Roma, 1932), págs. 46-49.

(22) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el D. español* (Madrid-Roma, 1959), págs. 15-16.

(23) LEÓN DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República* (Madrid, 1954), págs. 90-91.

(24) Así parece desprenderse de su declaración de que el art. 23 del Concordato, como en otros varios, hay sólo remisiones formales al D. canónico por las que se reconoce la competencia de un sistema de Derecho, de modo que se da eficacia a sus normas, pero sin llegar el Estado a tomarlas como propias, sino considerándolas como reglas de ente originario que se estima competente, a diferencia de otros artículos del mismo Concordato (arts. 15, 16, 27) que establecen reenvíos materiales. MALDONADO, *Los primeros años del Concordato de 1953*, en "Rev. Esp. de D. Canónico", 12 (1957), págs. 13 y sigs.

En cambio parece seguir la posición del reenvío material en *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en "An. de Derecho civil", 7 (1954), págs. 155 y 164.

(25) ROMERO VIEITEZ, *Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en "Rev. de Derecho Privado", 25 (1941), páginas 77 y sigs.

bien un reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios contraídos en conformidad con aquél en los casos establecidos en la ley civil.

De acuerdo en lo fundamental con la doctrina de la "coordinación", mantenida con bastante acierto en su patria por el italiano Carusi (26), Sancho Rebullida niega la posibilidad de un reenvío de nuestro Derecho civil al canónico cuando sostiene que tanto el artículo 23 del Concordato de 1953 como el artículo 75 del Código civil no son "normas en blanco" ni constituyen una elipsis para evitar la repetición del contenido del Derecho canónico matrimonial (27). No es que la legislación civil ni concordataria, sigue diciendo el autor, quiera regular los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio y para no repetir normas idénticas a las del Derecho canónico las hagan estatales en virtud de su recepción, pues de ser así el Estado aplicaría tal Derecho canónico contra lo dispuesto expresamente en los artículos 8o del Código civil y 24 del Concordato.

Y tampoco constituye un reenvío formal, añade después, pues los citados preceptos no suponen inhibición normativa en lo referente al matrimonio canónico cediendo esta función al Derecho de la Iglesia, pues ello implicaría que, natural y originariamente, correspondía a la competencia del Estado tal actividad normativa y jurisdiccional en contra de la sana doctrina que atribuye competencia sobre los mismos a la Iglesia.

Por tanto, concluye Sancho Rebullida, el artículo 75 del Código civil y el 23 del Concordato no significan casos de reenvío, sino, sencillamente, "el reconocimiento de la sacramentalidad del matrimonio entre bautizados por parte del Estado". Y como la única potestad que puede regular el sacramento es la Iglesia, por eso se le atribuye competencia (28).

A nuestro entender, la remisión que hace al Derecho canónico el ordenamiento positivo español no es, en efecto, un verdadero reenvío tal y como se entiende esta institución en Derecho internacional. Pero disentimos de la opinión de los que no consideran como normas en blanco a los artículos 75 del Código civil y 23 del Concordato.

Tal y como estaba redactado antes el primero de ellos, y según ha quedado después de la reforma de 1958, constituye una verdadera "norma en blanco" en el sentido que tradicionalmente se viene concediendo

(26) Sostiene este autor que no hay tal recepción del D. canónico por el D. civil por cuanto el primero tiene naturaleza universal y no existe en consecuencia ninguna necesidad de recepción estatal, ocurriendo únicamente que el Estado elimina los obstáculos que le impiden producir en el campo civil plenos efectos. De aquí su nombre de teoría coordinadora, CARUSI, *Efectos civili dell'annullamento del matrimonio canonico preconcordatorio* (Roma, 1931), páginas 42 y sigs.

(27) SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico* (Madrid, 1955), págs. 77-79.

(28) En este mismo sentido parece opinar BACCARI, *L'efficacia civile del matrimonio canonico* (Milán, 1939), págs. 10 y 11, al comentar el art. 34 del Concordato Italiano.

a esta expresión (29). Es decir, existe una remisión de nuestra Ley al Derecho canónico, y la pregunta es: ¿De qué clase?

Podía pensarse antes de la reforma a que nos referimos que el artículo 75 admitía el reenvío receptivo o material al preceptuar que las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento —el C. I. C., después— estaban “admitidas como leyes del Reino” (30). Cierto que otros artículos (art. 80), al conceder competencia a los tribunales eclesiásticos en materia matrimonial, suponían cierta desviación de aquella orientación.

Hoy, suprimido el párrafo que admitía “como leyes del Reino” las canónicas sobre el matrimonio, creemos que no puede hablarse de reenvío receptivo en nuestras leyes. ¿Será entonces reenvío formal? Tampoco, porque, como muy bien dice Sancho Rebullida, ello supondría que natural y primariamente correspondería la competencia sobre los matrimonios canónicos al Estado, lo que no es cierto (31). De igual forma hay que negar la tesis de aquellos que consideran que únicamente se da un reconocimiento de cada matrimonio contraído con arreglo a las disposiciones de la Iglesia, pues de ser así se hubiese estipulado claramente en el Concordato y posteriormente en el Código civil, como se ha hecho en el artículo 15 del Concordato con la República Dominicana de 16 de junio de 1954, en el que taxativamente se establece que “la República Dominicana reconoce plenos efectos civiles a cada matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico” (32).

Concluimos, pues, que si bien no se debe hablar de reenvío propiamente dicho, sí que existe una “remisión” de las leyes civiles al Derecho canónico de tipo *análogo* a esa institución de Derecho internacional (33). Remisión que se desenvuelve dentro del Derecho interpersonal y que puede considerarse como una síntesis de la recepción material y formal al mismo tiempo.

Resuelto este problema, hay que tener presente, por otra parte, que son de común aplicación al matrimonio de católicos y no católicos los artículos 45 al 52 del Código civil, 83, etc.

(29) Se considera “norma en blanco”, según el común sentir, la que impone la aplicación de disposiciones o preceptos, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra fuente jurídica; de modo que el contenido pueda sufrir modificación con la de estas fuentes, manteniéndose intacto el Código.

(30) Algunos autores han negado que el *Codex Iuris Canonici* estuviese admitido como Ley del Reino por el art. 75, que se refería únicamente a las disposiciones emanadas del Concilio de Trento. No compartimos tal opinión, ya que la más simple interpretación de este artículo nos lleva a concluir que en él se distinguen muy bien —separados por la conjunción copulativa “y”— entre las “disposiciones de la Iglesia Católica” en general y las del “Santo Concilio de Trento”.

(31) Corroborando esta opinión parece encontrarse el mismo legislador que en la actual redacción dada al art. 80 del C. civil, ha introducido la novedad de reconocer a los Tribunales eclesiásticos la competencia “exclusiva” sobre nulidad, separación, etc., etc., de los matrimonios canónicos.

(32) MERCATI, *Raccolta di Concordati* (Ciudad del Vaticano, 1954), vol. II, pág. 301.

b) *Cuestiones de forma.*

Hemos expuesto en el apartado preliminar las dificultades y dudas que surgen sobre lo que debe considerarse cuestiones de forma o de fondo de los negocios jurídicos en general y en especial del matrimonio. E incluso en orden a distinguir entre las formas impuestas "ad solemnitatem" y "ad probationem", así como la imprecisión que supone la misma noción de "forma".

Comencemos ahora por decir que la norma de Derecho internacional privado español contenida en el artículo 11, aplica el derecho del lugar en que se contrae un acto a la forma del mismo, comprendiendo explícitamente tanto la forma "ad probationem" como la "ad solemnitatem"; siempre salvando con una posterior excepción tanto el caso de actos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares españoles como el de que las leyes o disposiciones extranjeras atañan al orden público español.

El primer problema se nos presenta tratando de saber si el matrimonio puede considerarse incurso en lo estipulado en este artículo 11 o, por el contrario, cae fuera de su alcance. Ambas tesis han sido defendidas por prestigiosos civilistas patrios: Mucius Scaevola (34) sostiene que el matrimonio, en cuanto a la forma de celebración, se somete al artículo 11, como todos los demás actos y contratos, es decir, se somete a la ley del lugar en que se celebra. Sánchez Román, por el contrario (35), deliende que si bien el artículo 11, 1.º, consagra el principio "locus regit actum" para los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, no cabe incluir el matrimonio entre estos casos sin alguna violencia.

En realidad, cuando se trate de dar solución a este problema hay que tener presentes los restantes artículos del Código civil en materia matrimonial, y después de estudiarlos todos la respuesta llega sola. Por ello, como ya hicimos antes, vamos a distinguir para su mejor comprensión entre matrimonios de católicos y de acatólicos. En ambos casos se han presentado varias cuestiones.

Dentro del matrimonio de católicos, la primera duda es la siguiente: ¿las legislaciones que, como la nuestra, hacen de estos matrimonios un acto religioso hacen de ello una regla de forma concerniente a su celebración, o más bien una regla de fondo que atañe a su estatuto personal? La solución de esta duda ha sido discutida principalmente en el extranjero, donde las opiniones no sólo científicas, sino también jurisprudenciales, han sido encontradas (36).

(33) En este sentido G. Bosco, *Le nuove leggi...* págs. 366 y sigs.

(34) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, Madrid, 1807, tomo II, págs. 476-477.

(35) SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Civil español común y local* (Madrid, 1898), tomo V, vol. I, págs. 550-552.

(36) Unger, Fiore la consideran como requisito de fondo; Balogh y Bosco parecen dar a entender que debe considerarse elemento de forma.

En Jurisprudencia el Tribunal del Senado ha calificado la celebración religiosa

Se ha dicho que la bendición religiosa impartida por el ministro celebrante constituye un requisito esencial del matrimonio. Realmente la doctrina canonística, como muy bien dice Bernárdez Cantón (37), no ha llegado a precisar aún la naturaleza jurídica del acto de asistencia del sacerdote al matrimonio. Si bien se está de acuerdo en que no se trata de un acto de potestad de orden —ya que en la celebración del matrimonio los ministros del sacramento son los mismos contrayentes—, unos afirman que es simplemente un testigo calificado, otros, que su presencia tiene carácter mixto de testigo cualificado y persona pública al mismo tiempo (38).

Lo cierto es que aunque el concurso del sacerdote no sea necesario totalmente para la validez intrínseca del matrimonio, sí lo es para la validez extrínseca y no puede ser considerado como mera "forma" "ad probationem", pues sirve para algo más que para dar publicidad o prueba al acto en el que interviene, y así ha sido reconocido por varios internacionalistas (39) y civiltas (40). La presencia del sacerdote en el matrimonio de católicos es, en los casos ordinarios, un elemento de *forma sustancial legal*, según se establece en los cánones 1.904-1.908 (41).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, hemos de concluir que el matrimonio de católicos españoles en el extranjero está sujeto a las formalidades prescritas en el Código canónico y, por tanto —aparte el carácter universal del Derecho canónico—, no puede quedar sometido a la "lex loci" de manera general. Y decimos esto porque en los casos extraordinarios, como los establecidos en el canon 1.098, sí que valdrá la "lex loci", siempre y cuando exija la presencia, cuando menos, de dos testigos o un testigo y el funcionario autorizante.

A efectos civiles, para su reconocimiento en España, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 76, 77, 78, 79 del Código civil, tal y como actualmente han quedado redactados después de la reforma de 1958. Preceptos que tienen su complemento en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y en su Reglamento de 14 de noviembre de 1958 (42).

---

como elemento de forma en las sentencias de 29 de junio de 1841 y 15 de febrero de 1922. Como elemento sustancial o de fondo en las sentencias de 9 de diciembre de 1921 y 7 de junio de 1922.

(37) BERNÁRDEZ CANTÓN, D., *Matrimonio canónico* (Barcelona, 1959), t. II, página 39.

(38) CAPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis* (Roma, 1947), volumen V, págs. 627-628.

(39) BALOGH E., *La règle "locus regit actum" et la notion de forme sur tout en matière de mariage*, en "Recueil des cours de la Académie de Droit International", 57 (1936), fasc. III, págs. 683-684.

(40) JEMOLÓ, *Il matrimonio nel diritto canonico* (Milán, 1941), pág. 280.

(41) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial* (Madrid 1947), página 219.

(42) En la práctica y de acuerdo con lo establecido en el Protocolo final del Concordato del 53, correspondiente al art. 23 del mismo, la inscripción se seguirá haciendo como hasta ahora. Pero en el extranjero no es aplicable el art. 77 sobre asistencia del juez municipal al matrimonio (Res. de 4 de junio y 21 de julio

Iguales dificultades, si no más, han surgido respecto al matrimonio de católicos españoles en el extranjero. Durante muchos años se ha venido discutiendo la posibilidad de que tales personas pudieran contraer matrimonio fuera de nuestras fronteras con arreglo a la "lex loci". La doctrina y la jurisprudencia han estado fluctuando entre las varias interpretaciones que cabían en la materia.

Todo el caballo de batalla se ha centrado en torno a los artículos 100, párr. 3.<sup>o</sup>, y 101, párr. 4.<sup>o</sup>, del Código civil, por una parte, y el 70 de la antigua Ley del Registro Civil por otra. En efecto, los dos primeros aparecen estableciendo que "Los cónsules y vicecónsules ejercerán las funciones de los jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero" y que "Es nulo el matrimonio que se celebre sin la intervención del juez municipal competente o del que en su lugar deba autorizarlo". Y el artículo 70 de la antigua Ley del Registro Civil decía: "El matrimonio contraído en el extranjero por españoles, o por un español y un extranjero, con sujeción a las leyes vigentes en el país donde se celebre, deberá ser inscrito en el Registro del agente diplomático o consular de España en el mismo país, quien remitirá copia de la inscripción que haga a la Dirección General para su inscripción en su registro o para remitirlo al juez municipal correspondiente, según que el contrayente o contrayentes españoles tengan o no domicilio conocido en España."

El problema consistía en saber si los primeros habían derogado el segundo. Cuatro han sido las principales posiciones sustentadas por los autores que se han preocupado de estudiarlo:

a) Una primera posición mantenía el principio de que los artículos 100, 3.<sup>o</sup>, y 101, 4.<sup>o</sup>, del Código civil obligaban a todos los españoles que contraían matrimonio en el extranjero, argumentando en su favor que la forma que en ellos se establece es *sustancial* y, como tal, constituye *materia de Orden Público* (43). Esta manera de pensar recibió en la práctica el apoyo de bastantes decisiones jurisprudenciales (44).

---

de 1915 y 16 de mayo de 1926). V. en este sentido PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN, *Notas a Ennecerus-Wolf* (Barcelona, 1953), t. IV, vol. 1<sup>o</sup>, pág. 278. En contra SÁNCHEZ RIBULLIDA, *Las formalidades civiles...*, pág. 271.

En la práctica la transcripción se efectuará, tengase en cuenta, cuando el varón sea español en el momento de casarse o la mujer conserve la nacionalidad (Res. 29 de marzo de 1949).

(43) CUADRA Y ECHAIDE, *Intervención consular en el matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Rev. Esp. de D. Canónico", 3 (1952), pág. 958. Doce páginas más adelante señala también en favor de su tesis, el hecho de que en el párrafo 3.<sup>o</sup> del art. 100 se diga "matrimonio de españoles" y no "matrimonio entre españoles" considerando más favorable --de acuerdo con la fórmula *ubi lex non distinguit...*— la interpretación de exigir la intervención del consul siempre que al menos uno de los contrayentes sea español..., pues el C. civil emplea la palabra *entre* cuando se refiere a ambos cónyuges (art. 101) y la forma plural cuando se refiere a uno de ellos de manera genérica (arts. 83, 84).

(44) Sentencias de 1 de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929. Dictamen elevado por la Sección de Legislación extranjera del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos a la Dirección General de Registros y del Notariado el 18 de jun-

b) Una segunda teoría es la de aquellos que estimaban únicamente aplicable el artículo 100 en los casos en que ambos contrayentes fueran españoles (45). Trías de Bes admite a este respecto tres excepciones al artículo 11 del Código civil (46):

- 1) Matrimonio de española con extranjero.
- 2) Matrimonio de español con extranjera del país en que se celebra el matrimonio.
- 3) Si las leyes territoriales no permiten a los cónsules celebrar matrimonios.

También han acogido esta doctrina algunas Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (47).

c) En tercer lugar nos encontramos los autores (48) mantenedores de que la prohibición del artículo 100 afectaba únicamente a los españoles católicos, pudiendo los no católicos celebrar su matrimonio conforme a las formalidades del país de que se trate. Alguna Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado también ha acogido este modo de pensar (49).

d) Finalmente, una cuarta postura es la de aquellos que suscriben una posición intermedia en el sentido de considerar la "lex loci" como facultativa en la mayoría de los casos y única posible en otros (50).

Como se ve, la opinión legal u oficial, a través de la Dirección Ge-

lio de 1945 y Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1947.

(45) RODRÍGUEZ VALCARCE, *Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Rev. de D. Procesal", 8 (1953), págs. 195 y 201.

(46) TRÍAS DE BES, *D. Internacional Privado*, Madrid, 1934, págs. 120 y ss.

(47) Resoluciones de 27 de noviembre de 1948 y 26 de marzo de 1950. Ambas impugnadas por CUADRA y ECHALDE. *Ob. cit.*, págs. 959-960 y SÁNCHEZ REBULLIDA, *Las formalidades civiles...*, págs. 270-271.

(48) GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía...* T. II, pág. 287.

También parece inclinarse a esta posición GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, págs. 73 y ss.

(49) Resolución de 17 de abril de 1950, donde se dice: "El matrimonio de españoles acatólicos celebrado en la forma civil admitida por las leyes extranjeras es transcribible en nuestro Registro Civil".

(50) ARTURO GALLARDO RUEDA, *Matrimonio de españoles en el extranjero*, en "Bol. de Información del M. de Justicia", 76 (1949), págs. 3-4, donde alega en su defensa razones de índole social y patrióticas. También PLÁCIDO FERNÁNDEZ, *Los matrimonios de españoles en el extranjero*, en "Rev. Gral. de Derecho" (Valencia), 12 (1955), págs. 120 y sigs. A éstos pueden añadirse en cierto modo SÁNCHEZ ROMÁN, *D. Civil español...*, t. V, vol. I.O., págs. 550-552, al decir "Dados los términos en que está redactado el art. 100, último párrafo, al estipular que los cónsules y vicecónsules ejercerán las funciones del juez municipal en el extranjero, ha podido dudarse de si ese ejercicio de funciones significa una completa sustitución de todas las de los jueces que le están encomendadas en cuanto a la celebración del matrimonio, o si tan sólo dice relación a las inscripciones en el Registro, en armonía con los precedentes que suponen el art. 42 de la Ley del Matrimonio Civil y el 56 del Reglamento para su ejecución", pues se adhiere a esta segunda hipótesis.

Refutando a Gallardo Rueda puede verse MALDONADO, *Sobre los matrimonios de españoles en el extranjero*, en "Rev. Esp. de D. Canónico", 2 (1949), páginas 641 y sigs.

neral de Registros y del Notariado, ha variado bastante en torno a este problema, si bien se nota a partir de 1945 un acentuado viraje hacia las posiciones más abiertas, que son también las prevalentes en el extranjero (51).

Así las cosas, se promulgó el 8 de junio de 1957 la nueva Ley del Registro Civil, que viene a confirmar la evolución a que acabamos de hacer referencia, al admitir en sus artículos 73 y 70, en el primero de modo expreso e implícitamente en el segundo, la posibilidad de que los españoles contraigan matrimonio civil en el extranjero con arreglo a la *lex loci* (52).

En efecto, en el primero de ellos se establece que "... cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero con arreglo à la forma del país o en cualquier otro supuesto en que no se hubiese levantado aquél acta —el de la celebración del matrimonio por quien lo autorice—, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente". Y en el segundo se dice: "Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración... Sin embargo, cuando la inscripción sea solicitada, transcurridos cinco días, no perjudicará...".

Esta nueva orientación legal dada a la materia hacía esperar y debería haber traído como consecuencia la reforma de los artículos 100, párrafo 3.<sup>o</sup>, y 101, párrafo 4.<sup>o</sup>, del Código civil, que sostienen tesis opuesta. La ocasión se presentó a propósito de la nueva redacción dada a bastantes preceptos del mismo por la Ley de 24 de abril de 1958, pero en ella en nada se alude a dichos artículos.

Surge, pues, el problema de saber en qué situación han quedado dichos artículos después de la Ley del Registro Civil de 1957 y aclarar si existe entre ambas normas legales alguna antinomia. Dos posturas diferentes caben en torno a él: o considerarlos subsistentes, tal y como se encuentran redactados en el Código, y entonces admitir su incompatibilidad con la nueva Ley del Registro Civil; o bien considerarlos reformados por esta ley y, en consecuencia, defender la inexistencia de contradicción entre ambos preceptos.

La primera de ellas es defendida en una reciente obra por García Cantero (53) alegando que, al dejar intocados los artículos de referencia la Ley de 24 de abril de 1958, hay que considerar que continúan vigentes, con lo que se llega al resultado paradójico de permitirse la

(51) Aunque atacada por algunos sectores de la doctrina internacionalista, sigue la regla *locus regit actum* teniendo pleno vigor en la mayoría de los Códigos civiles como norma de Derecho Internacional Privado.

En la doctrina, en posiciones de aceptación y crítica puede verse: FRANKSTEIN, *Internationales Privatrecht...*, pág. 521, vol. I.<sup>o</sup>; MAKAROV, *Nationalité de la femme mariée*, en "Recueil des cours de la Académie de droit international", 60 (1937), pág. 213-214; BALOGH, *La règle "locus regit actum" et la notion de forme...*, págs. 679-702; AUDINET E., *Des conflits de lois et le mariage*, en "Recueil des Cours de la Acad. de droit International", 40 (1932), páginas 272 y sigs.

(52) En el mismo sentido art. 240, 2.<sup>o</sup> del nuevo Reglamento de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958.

(53) GARCÍA CANTERO, *El régimen del matrimonio civil en el D. español* (Madrid-Roma, 1950), pág. 220.

inscripción en el Registro Consular a matrimonios que los Tribunales españoles declararán nulos por no haber sido celebrados ante funcionario competente.

Tal razonamiento nos parecería perfectamente lógico si una de sus premisas no fuera falsa: la de considerar que los artículos 100, 3.<sup>o</sup>, y 101, 4.<sup>o</sup>, tenían validez inmediatamente antes de promulgarse la Ley de abril de 1958. Pero esto no es cierto, a nuestro modo de ver las cosas, pues tales preceptos se encontraban en parte derogados por la Ley del Registro Civil, al menos de una manera tácita.

Por tanto, propugnamos la segunda orientación, de acuerdo con las siguientes razones:

a) A pesar de las varias resoluciones de la Dirección General de Registros que en contra existían, consideramos siempre de orden público lo estipulado en los citados artículos del Código civil y, por consiguiente, obligatorio para todos los españoles en todas las partes.

b) Al promulgarse la nueva Ley del Registro Civil en 1957, admite en sus artículos 70 y 73 principios opuestos que la hacen incompatible con las normas del Código. En consecuencia surge un conflicto de leyes civiles que hemos de considerar resuelto en favor de la "ley especial", en este caso la del Registro Civil.

c) Hay, pues, que considerar que esta Ley deja sin valor el párrafo 3 del artículo 100 y el 4 del artículo 101 en cuanto se refiere a su obligatoriedad aplicación para los matrimonios de españoles en el extranjero.

De todo ello llegamos a la conclusión de que al presente está permitido a los españoles casarse civilmente en el extranjero con arreglo a las leyes del lugar, sin más limitación que la apertura de un expediente informativo (54) como requisito previo a la inscripción del matrimonio en el Registro Consular correspondiente. Expediente que tiene por objeto principal el acreditar debidamente la acatolicidad de los contrayentes (55) con el fin de evitar cualquier posible fraude de la ley.

Por tanto, es de necesidad, en todo caso, antes de inscribir un matrimonio de españoles en el extranjero, que se pruebe la no profesión de la religión católica por ambas partes (56), sin que ello deba implicar exención alguna para el funcionario autorizante del mismo, quien deberá pedir esa prueba antes de casarlos, ya que lo referente a la capacidad de los españoles para el matrimonio se rige por la ley española (57). Y no podrá hacer valer en cualquier caso la regla "locus

(54) Art. 73 de la nueva Ley del Registro Civil.

(55) Art. 249 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, donde se expresan además otros motivos para exigir dicho expediente, como por ejemplo: cuestionarse de la carencia de impedimentos y de la realidad del matrimonio cuando no conste auténticamente su celebración.

(56) Contra este modo de proceder MALDONADO, *Sobre los matrimonios de españoles en el extranjero....*, págs. 645-646.

(57) En ambos casos se permiten todas las pruebas admisibles en derecho aunque habrá que tener en cuenta la instrucción de la Dir. Gral. de Registros y del Not. de 2 de abril de 1957.

regit actum", pues, como antes hemos demostrado, no puede ser aplicada normalmente a los católicos (58).

A pesar de esto, la nueva Ley del Registro Civil permite, siempre que lo pida cualquiera de los cónyuges o el Ministerio Fiscal, anotar el matrimonio contraído por españoles en el extranjero sin haber probado suficientemente su acatolicidad (59). ¿Qué efectos producirá esta anotación? A tenor del artículo 145 del nuevo Reglamento, las anotaciones tendrán únicamente valor informativo, sin que pueda igualarse a la inscripción a efectos de prueba. Dicha anotación será cancelada si se inscribe sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio al que haga referencia. Igual ocurrirá cuando no se haya demostrado la libertad de los contrayentes en materia de impedimentos.

No parece muy acertada esta innovación introducida ahora, pues nos conduce a resultados un tanto contradictorios, cual el de que un hecho nulo, como el matrimonio civil de españoles católicos en el extranjero, produzca a pesar de ello algún efecto civil, aunque sea tan pequeño como, en este caso, la anotación del mismo (60).

Nos queda por tratar otro punto interesante y posible dentro del matrimonio de españoles en el extranjero: el de su celebración en forma religiosa no católica. ¿Puede un español casarse de esta forma en el extranjero y transcribir su matrimonio en los registros españoles? Nuestra respuesta es afirmativa, con base en lo siguiente: Si, como hemos visto, se reconoce competencia a la "lex loci" para el matrimonio de españoles acatólicos en el extranjero, será bien contraído, según dicha ley, el que lo sea ante ministro de culto no católico si esa forma está admitida en el país de que se trate (ej., dos protestantes españoles en una capilla protestante inglesa). Y esto por el principio según el cual "ubi lex non distinguit, non distingueremus".

### III. MATRIMONIO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

#### a) Cuestiones de fondo.

Hay que aplicar la ley nacional de los esposos en el caso de que ambos sean connacionales, y en caso contrario, la del marido. Así parece desprenderse de lo establecido en los artículos 9 y 22 de nuestro Código civil, pues si bien en dichos artículos sólo se habla de los españoles en el extranjero, el Tribunal Supremo ha entendido que son también de aplicación a los extranjeros que pretendan contraer en

(58) Así lo hubo de reconocer la Primera Conferencia de La Haya en 1902 añadiendo un segundo párrafo al art. 5 —donde se elevaba a rango internacional tal principio jurídico— estableciendo que "Los países que exigen la forma religiosa para el matrimonio de sus súbditos, podrán considerar no válidos aquellos que los mismos súbditos contraigan sin guardar dicha forma".

(59) Art. 80, párrafo 2º, de la Ley del Reg. Civil y 272 del Reglamento.

(60) Téngase en cuenta que aquí puede no existir la buena fe. En el mismo sentido de crítica GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil...*, pág. 229.

España (61). Caso de que alguno de ellos tuviera doble nacionalidad o no tuviera ninguna, la doctrina considera debe aplicarse la ley del domicilio.

Ahora bien, si los contrayentes son católicos habrán de casarse, en todo caso, canónicamente, ya que entonces interviene el Orden Público, al igual que cuando dos extranjeros pretenden obtener el divorcio vincular en España.

Es decir, se exige para que puedan contraer matrimonio capacidad suficiente, y en ella va comprendida la prueba de acatolicidad para los que intenten hacerlo civilmente. Pero, ¿cómo ha de probarse esta capacidad? No prevén nuestras leyes cómo ha de hacerse, aunque sí existen algunas declaraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado considerando que normalmente deben tenerse por suficientes una certificación expedida a tal objeto por la autoridad competente del país a que pertenezcan, convenientemente legalizada por un agente diplomático o consular español, debiendo acompañarla otros documentos acreditativos del estado de solteros y certificación de fallecimiento del esposo en el caso la viuda (62). En general pueden admitirse todas las pruebas establecidas en Derecho (63).

Hay que tener bien presente, al tratar del matrimonio de extranjeros en España, el preponderante papel que aquí juega el Orden Público. Esta institución, de límites y contenido bastante difusos y variables que impiden dar un concepto exacto de la misma (64), puede ser de carácter interno o internacional (65). El primero comprende todas las normas jurídicas coactivas del derecho positivo de un determinado país; el segundo, las normas prohibitivas de importación de derecho extranjero o de hechos extranjeros. El Orden Público interno suele ser más riguroso que el internacional.

Son de Orden Público internacional todos los impedimentos que nuestro derecho establece para los españoles y, en consecuencia, el extranjero que quiera casarse en España habrá de no estar incurso en ninguno de ellos, sin que le valga alegar que no existen en su ley nacional. Los impedimentos desconocidos en nuestro derecho, pero vigentes en el de los contrayentes, deberán tenerse en cuenta, excepto

(61) Sentencias de 1 de febrero de 1944 y 23 del mismo mes y año entre las modernas.

(62) PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN, *Notas a Bruegger-Wolf...*, t. IV, vol. I., página 274.

En este mismo sentido se encuentra en Italia MESSINEO, *Derecho Civil y Comercial* (Buenos Aires, 1954), t. I, pág. 146.

(63) Contrario a la prueba de acatolicidad parece encontrarse VERSPLAETSE, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, pág. 405, refiriéndose a la Orden de 10 de marzo de 1941, a la que considera puramente local y por tanto, aplicable siempre a los españoles, pero no a los extranjeros.

(64) Según AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1955, págs. 423-425, la jurisprudencia patria acoge la concepción anglosajona del Orden Público que lo considera como "defensa de instituciones e intereses de sus propios súbditos" y la germánica que lo considera "protección del orden social jurídico, moral y económico del foro".

(65) VERSPLAETSE, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 304.

cuando sean de tal intensidad que se hagan incompatibles con el Orden Público español, caso que ocurrirá, por ejemplo, con los impedimentos raciales.

Se consideran también excepciones a la aplicación de la ley extranjera los casos en que se defraude la ley, interés nacional o falta de reciprocidad en el país de que se trate (66).

### b) *Cuestiones de forma.*

Como regla general, es de aplicar lo dispuesto en el Código civil español. Sin embargo, conviene distinguir entre los cuatro posibles casos que pueden presentarse:

1) Matrimonio de extranjeros católicos contraído canónicamente. Se rige por el Derecho canónico y las disposiciones civiles atinentes al caso.

2) Matrimonio contraído ante el funcionario civil español competente. En este caso se aplica el Código civil, teniendo especialmente presentes las normas que para estos casos se dan en los artículos 91, sobre publicación de edictos en el extranjero, y 253, 2.<sup>a</sup>, del Reglamento del Registro Civil, acerca del uso de intérprete cuando los contrayentes no supieren español (67).

3) Matrimonio contraído por extranjeros en alguno de sus consulados ante funcionario competente y de acuerdo con su ley nacional. Tradicionalmente están admitidos estos matrimonios en virtud de una costumbre internacional (68), aunque se discute si es necesario que ambos contrayentes sean connacionales o no hace falta tal requisito (69).

4) Matrimonio contraído en embajada extranjera y en forma religiosa no católica. Al igual que los anteriores, se suelen tolerar en virtud de una costumbre diplomática internacional (70).

Réstanos únicamente considerar dos problemas que frecuentemente se plantean al jurista en nuestra Patria y que hemos considerado

(66) MIJÁ, *Derecho Internacional Privado*, Madrid 1956, t. I, págs. 324-325.

(67) El certificado sobre publicación de edictos en el extranjero debe estar legalizado por el agente diplomático español según ERICE, *Normas de diplomacia y derecho diplomático* (Madrid, 1945), t. II, págs. 70-71.

(68) BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, págs. 127-128, razona así la posibilidad de matrimonio consulares: "Si un Estado admite que sus nacionales se casen en el extranjero ante sus cónsules, considerando que el Orden Público internacional admite el funcionamiento en el extranjero de este servicio —contra el principio según el cual los servicios públicos no ejercen sus funciones más que sobre el territorio del país que los ha creado— debe concluirse que de la misma manera ha de admitirlos en su territorio".

(69) En pro de la connacionalidad TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado...*, págs. 120 y sigs.

Permitiéndolos sin necesidad de este requisito la Resolución de la Dirección General de Reg. de 7 de julio de 1949 en un caso de matrimonio civil celebrado en el consulado inglés de Madrid entre un inglés y una francesa.

(70) Se ha defendido también la validez de estas uniones fundándose en el privilegio de extraterritorialidad de que gozan las embajadas y que las equipararía a los matrimonios contraídos en el extranjero.

oportuno tratarios al final del trabajo. Estos son: 1) Si el matrimonio de católicos extranjeros, casados civilmente en su país de origen o en otro cualquiera, impide un posterior casamiento canónico en España. 2) Si puede contraer matrimonio en España alguna persona extranjera divorciada.

En el primer caso nos encontramos con un matrimonio contraído válidamente en el ámbito legal, ya que se ajusta a la ley nacional de las partes (cuando se celebre en su patria), y suponemos que también válidamente cuando se celebre con arreglo a la "lex loci" en el caso de casarse en un tercer país (cuando su ley nacional permita el juego de la regla "locus regit actum"). Si no existe, pues, oposición a la ley nacional de las partes, el Derecho español (que admite esta ley como competente para regular lo referente al estado, capacidad y condición de las personas) ha de reconocer tal unión y considerar que existe un vínculo matrimonial que impide contraer nuevo matrimonio con persona distinta. Únicamente podrían casarse de nuevo si nuestro derecho no admitiese como válido el primer matrimonio haciendo valer la excepción del Orden Público. Pero estimamos que no existe oposición al Orden Público español porque nuestras leyes no pueden ser máximas competentes para regular un matrimonio de extranjeros en el extranjero.

El segundo caso presenta más dificultad. En principio, nos encontramos, como en el anterior, con un matrimonio válidamente contraido y que, por tanto, surte en nuestra patria todos los efectos; al mismo tiempo tenemos una sentencia de divorcio vincular, también válidamente dada en cuanto que se han observado la competencia y demás formalidades requeridas para ello, que anula este matrimonio y declara libres a las partes para volver a contraer de nuevo con terceras personas. Surge un conflicto entre el respeto a un derecho legalmente adquirido y el Orden Público español que se opone a dar validez a las sentencias de divorcio, cualquiera que sea el que las dicte (art. II, 3.<sup>º</sup>, del Código civil) (72).

Por principio, los derechos adquiridos legítimamente con arreglo a una determinada ley deben ser respetados y protegidos. Pillot, que considera este principio como perteneciente al Derecho de gentes (73), exige para que un derecho pueda ser reconocido internacionalmente estas dos condiciones: a) Que sea válidamente adquirido en virtud de la ley del país de origen de aquél derecho. b) Que esta ley sea internacionalmente competente para su adquisición.

Esta máxima de respeto a los derechos adquiridos está, en orden al tiempo, admitida en nuestro Código civil, y en orden al espacio, en nuestra jurisprudencia, si bien esta última tiene declarado que se re-

(72) Las sentencias de los Tribunales eclesiásticos no se consideran extranjeras. VERSPLAETSE, *Derecho Int....*, pág. 420.

(73) PILLET, *Manuel de droit international privé* (París, 1926), págs. II y siguientes. En contra de esta postura abogando porque se trata de una cuestión técnica que cada Estado ha de resolver soberanamente v. NIROYER, *Traité de droit international privé française* (París, 1944), t. III, pág. 294 y sigs.

petarán mientras no contradigan los principios del Orden Públco y los intereses de la nación que trate de reconocerlos (74).

Y las sentencias de divorcio chocan con el Orden Públco español, según repetida jurisprudencia, y no pueden ser reconocidas dentro de nuestras fronteras, a tenor del artículo 954, 3.<sup>º</sup>, de la Ley de Enjuiciamiento civil (75).

Por tanto, no cabe que tales personas puedan casarse en España, ni con españoles en el extranjero.

---

(74) LASALA LLANAS, *Validez internacional de los Derechos adquiridos*, en "Rv. de Derecho Privado", 24 (1940), págs. 75-79.

(75) Sentencias de 12 de marzo de 1942 y 12 de mayo de 1944. Esta última declara nulo el matrimonio contraído en Londres por un español soltero y una francesa divorciada de anterior matrimonio católico, pues entre la ley nacional y el O. P. español debe darse prioridad a éste, debiendo, por tanto, apreciarse la subsistencia del vínculo. La doctrina suele aplicar en estos casos la llamada "bilateralidad del impedimento de vínculo".

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS

## Normativismo y Ley de Suelo

JOSE ANTONIO GARCIA-TREVIJANO FOS

Letrado del Consejo de Estado  
Catedrático de Derecho administrativo de  
la Universidad de Salamanca

### I

El título del presente trabajo requiere una previa explicación, puesto que puede dar lugar a erróneas interpretaciones que están muy lejos de nuestra intención. La reiteración con que se vienen produciendo notificaciones de actos administrativos llevadas a cabo por la mayor parte de los Ayuntamientos españoles nos ha movido a escribir estas líneas con el fin esencial de poner sobre el tapete el problema de la vigencia de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Lo que, adelantamos, parece obvio.

Los actos notificantes a que se ha hecho referencia son del tenor siguiente: «Cumplidos los trámites que previene el Reglamento de 23 de mayo de 1947, dictado para la aplicación de la Ley de 15 de mayo de 1945, sobre la ordenación de solares, la Excmo. Comisión Municipal Permanente, en sesión celebrada el día 10 del actual mes, ha tenido a bien acordar la inclusión en el Registro Público de solares e inmuebles de edificación forzosa, de la finca número X de la calle Z.

Y dispuesto por el Exmo. Alcalde Presidente el cumplimiento del acuerdo, lo comunico a usted, para su conocimiento y efectos, advirtiéndole que contra esta resolución podrá interponer:

1.<sup>º</sup> El recurso previo de reposición ante el Exmo. Sr. Alcalde Presidente, en el plazo de ocho días, contados a partir de la fecha en que reciba esta comunicación, el cual quedará desestimado por el silencio administrativo si no se resolviese en el término de diez días, y después, a partir de esa fecha o de la denegación expresa, si le fuera comunicada, y también en el plazo de ocho días, el recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, que habrá de elevarse por conducto de la Alcaldía Presidencia; todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 6.<sup>º</sup> del mencionado Reglamento.»

La transcripción de este acto, que jurídicamente envuelve una declaración de conocimiento, puesto que se refiere a un acto

notificado—de inclusión en el Registro—del que pueden derivar beneficios o perjuicios para terceros, da lugar a numerosas sugerencias sobre el encabezamiento del presente estudio.

¿Continúa en vigor la Ley de solares? Y aun respondiendo negativamente ¿continúa en vigor su Reglamento de ejecución? Y por último, aun cuando también se responda negativamente, ¿continúa en vigor el Decreto de 5 de septiembre de 1952 sobre cuantía de la indemnización y derecho de retorno de los arrendatarios de inmuebles cuyos contratos queden extinguidos por aplicación de los artículos 2.<sup>o</sup> de la Ley de 1945 y 47 del Reglamento y la Orden de 4 de febrero de 1953 sobre indemnización por extinción de los derechos de los usuarios de inmuebles que merecen la calificación de provisionales, según el apartado *d*) del artículo 3.<sup>o</sup> del Reglamento mencionado?

Invirtiendo el orden lógico de las cuestiones a examinar, diremos categóricamente que no continúa en vigor la Ley de Solares ni tampoco el Reglamento de aplicación, al menos en aquello que se opone abiertamente a la Ley del Suelo y, por la misma razón anteriormente expuesta, hay que estimar derogado el Decreto de 1952 y la Orden mencionada que prevé una excepción al mismo.

La Ley de Ordenación urbana, vulgarmente conocida como Ley del Suelo, ha supuesto un evidente avance en la técnica jurídica española y, además de su mérito tecnológico—quizá en algunos aspectos excesivo, pues no hay que olvidar que las leyes se aplican por quien posiblemente no conozca o no comulgue en las ideas de los redactores—ha tenido como fin fundamental la de ser omnicomprensiva; es decir, recoger cuantas disposiciones se encontraban dispersas en materia de ensanche y extensión (Ley de 26 de julio de 1892); saneamiento y mejora interior (Ley de 18 de marzo de 1895) y de solares (Ley de 15 de mayo de 1945). Su espíritu no puede ser, por tanto, de mayor amplitud y ambición y quizás esta misma amplitud pueda hacer fracasar en muchos puntos su aplicación.

Tras examinar minuciosamente las finalidades y campo de acción de la misma, el planeamiento urbanístico con el estudio de los planes en sus distintas modalidades, su formación y aprobación, sus efectos, pasa la Ley de 12 de mayo de 1956 en su título 2.<sup>o</sup>, a estudiar la calificación del suelo, estableciendo en su artículo 63, 3) que, a los efectos de la misma, tendrán la calificación de solares «las superficies de suelo urbano aptas para la edificación y urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el plan, y si éste no las concretare, se precisará que la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagües y alumbrado público».

Es fácil darse cuenta de que las urbanizaciones descansan sobre el concepto de solar, tanto si el suelo es urbano como si es

de reserva urbana, puesto que potencialmente han de ser urbanizados, y salvando, naturalmente, los terrenos viales y zonas verdes.

Pues bien, si vamos descendiendo en la sistemática de la Ley a través de los distintos planes que regula, tendremos que, desde un punto de vista territorial puede existir un plan nacional, uno provincial y uno municipal, aparte de la modalidad que posibilita la Ley de planes comarcales.

De esa tipología planificadora sólo dos tienen verdadera importancia práctica: el comarcal y el municipal, y ello porque el plan nacional de urbanismo se limita a configurar las grandes directrices de la ordenación urbana del territorio español para el mayor bienestar de la población en función de las conveniencias de la ordenación social y económica; el plan provincial, por su parte, se refiere a la estructura urbanística de la provincia y a coordinarse con el plan general de la capital.

Cifíéndonos a los planes municipales o comarcales—conceptos territorialmente definidos—, se desarrollan a través de *planes generales*, *planes parciales* y *proyectos de urbanización* en sentidos jerárquicamente subordinados y cuya distinción debe hacerse teniendo en cuenta la mayor o menor inmediata aplicabilidad, así como su extensión dentro del territorio definido. Cada uno de estos planes contiene una serie de determinaciones de las que interesa destacar las siguientes: los planes generales contienen las ordenanzas de construcción y los proyectos de urbanización los pliegos de condiciones económico-facultativas.

Vemos, por tanto, cómo el verdadero soporte de la Ley del suelo lo constituyen los Ayuntamientos a través de sus proyectos de urbanización, a pesar de que existan o puedan existir otras entidades urbanizadoras, o incluso, algunas estatales, que no solamente supervisen o vigilen sino que urbanicen.

Pero con esto no se lleva a la práctica la urbanización, sino que precisa además la concreta actualización de las obras, lo que se consigue a través de *declaraciones de prioridades* y, por último, los Ayuntamientos, siguiendo el orden de prioridades establecido, concretan aún más el momento de la urbanización y subsiguiente edificación de cada polígono o manzana, lo que lleva a cabo a través de las *declaraciones de interés inmediato*, las cuales tendrán en cuenta la demanda de solares y las ofertas de construcciones. Con esto se cierra, en términos generales, el ciclo evolutivo del procedimiento urbanizador, que ha de tener su desembocadura normal en la edificación de los solares caracterizados por las notas anteriormente mencionadas y cuyo regulación se lleva a cabo en el título 4.º, capítulo 1.º, sección 1.ª, bajo el epígrafe general «El ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo», y bajo los subtítulos de «Fomento de la edificación» y «Plazos de edificación y enajenación forzosa de propiedades».

La Administración, a través de estas distintas fases, emite unas declaraciones de voluntad en la mayor parte de los casos y, en otros, se limita a la aplicación de normas técnicas—que por si mismas no son nunca discrecionales—.

## II

Hemos dicho que la Ley de Solares estaba derogada y que, asimismo, lo estaba su Reglamento, al menos en algunos puntos que hemos de examinar; para demostrar este aserto, que parece muy claro, aunque en la práctica suceda lo contrario, es preciso traer a colación algunos aspectos fundamentales de la teoría general del derecho en su proyección jurídico-administrativa.

A) Sin ánimo de entrar, puesto que no es éste el lugar ni el momento, en problemas centrales de derecho, es, sin embargo, necesario que sentemos nuestra postura respecto de los mismos y por lo que pueda hacer referencia al tema que se trata.

Como carácter esencial de la *norma* hay que mencionar la abstracción o impersonalidad—no ya la generalidad a que a tantas confusiones ha conducido—con la cual los actos jurídicos individualizados no crean derecho objetivo ni gozan, por tanto, de las características de las normas. De aquí que norma y ley sean conceptos diversificables, aunque en la práctica se barajen indistintamente; no toda norma es legal ni toda ley es normativa. De aquí también que fuente del derecho—cualquiera que sea su rama—no es la Ley sin más, sino la *ley-norma*. La utilización de la palabra ley se lleva a cabo en numerosos momentos del derecho indicando vínculos obligatorios *inter-partes*, y así se puede decir que el contrato es ley entre las partes (1). La norma puede ser, según el contenido, civil, mercantil, laboral, administrativa, etcétera. También aquí se confunde corrientemente el concepto de norma con el concepto de ley. La distinción entre *norma civil* y

(1) La propia historia conduce a este confusionismo que a través de los esquemas del Estado de Derecho se viene manteniendo. Así, por ejemplo, Ley III, Tít. II, Lib. I Fuero Juzgo; Ley I, Tít. VI, Lib. I. Fuero Real, recopiladas en la Ley I, Tít. II, Lib. III de la Novísima: *la ley es dada para los varones como para las mujeres de cualquier edad que sean, para los sabios como para los simples, para los poblados como para los yermos*. Un comentarista de las Leyes de Toro, ALVAREZ POSADILLA, enumera entre los requisitos de las leyes—concepto que adoptaba diversas terminologías—, «*que sea general y no particular respecto de algunas personas*» (*Comentarios a las Leyes de Toro*, 1826, pág. 21). Esta idea está generalizada. Frente a ellas estaban los privilegios y dispensas, legado de las concepciones canónicas.

La locución «fuerza de ley», *inter-partes*, no quiere decir que se asemeje a las normas legales. Quiere decir, sencillamente, que las partes no pueden sustraerse al deber de cumplir el contrato (MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 397; para el aspecto normativo Id.: *Manuale di dir. civile e comm.*, vol. I, 1950, pág. 81).

*norma administrativa*, que es la que en este momento interesa, radica en que las primeras han de ser aplicadas e interpretadas por los jueces ordinarios, mientras que las segundas, como sucesoras de las instrucciones internas que emanaban de principes o reyes han de ser aplicadas e interpretadas por la propia Administración, salvo posteriores recursos (2). De aquí que la distinción no puede hacerse en bloque por materias, sino que debe atenderse al examen pormenorizado de la norma; en materia laboral, por ejemplo, la distinción entre Administración y justicia está muy empañada por las competencias casi totalmente concurrentes entre las Delegaciones de Trabajo y las Magistraturas (jueces ordinarios, estos últimos en materia laboral). Es cierto que existen desviaciones en nuestro ordenamiento positivo, pero que vienen a corroborar la certeza de la afirmación anterior.

Otra consecuencia importante de esta distinción es que la Administración no puede dictar un reglamento ejecutivo ni interpretativo de una norma civil o de partes civiles de la norma jurídica si no está expresamente autorizada por la misma. Imaginemos, por ejemplo, que se publicase un reglamento de ejecución del Código Civil. Entre las desviaciones a que antes me refería, hay dos fundamentales que no es posible pasar por alto:

- a) El Decreto de 31 de octubre de 1958 que, amparándose en la Disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley de Arrendamientos Urbanos, interpreta lo que debe entenderse por justa causa para, teniendo un local deshabitado, no incurrir en posible desahucio.
- b) El Decreto de 21 de febrero de 1958, que interpreta el artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

No es nuestra intención profundizar sobre el tema, pero si hemos de poner de manifiesto, sobre todo respecto del primero, que se trata de una norma no vinculante para los Tribunales, puesto que la Administración no puede interpretar las normas civiles ni

(2) Esta distinción es también histórica. DELAMARE, en su monumental *Traité de la Police*, 1722, parte de la separación entre leyes (normas diríamos hoy) que tienden al bien general y común y al interés particular (pág. 1). La misma idea preside la obra de MAYER: *Derech*s* administrativo alemán*, 1949, t. I, págs. 45 y 50 y sigs., y la Exposición dirigida por JAVIER DE BURGOS a Fernando VII en 24 de enero de 1826, en la que se dice textualmente que *el hombre en sociedad tiene relaciones necesarias con el Estado, y éstas se fijan por medio de leyes que se llaman administrativas... a diferencia de las que generalmente se llaman leyes que consideran a los hombres individualmente y en sus relaciones domésticas*. Para él son civiles las únicas leyes de justicia. Esto da una idea de que en todo momento se estimó como única rama jurídica la civil por una evidente razón de consolidación histórica. De aquí nacen una serie de prejuicios en los que no podemos entrar y si sólo mencionar: el carácter especial de la ciencia jurídico-administrativa, el carácter supletorio del civil (por aplicación del art. 16 del Código), la movilidad de aquélla, la separación tajante de las demás ramas jurídicas. Concepciones que es preciso superar, pues todas las ramas jurídicas *exportan e importan* materiales con los que se construyen sus sistemas.

tampoco aquellas partes civiles de la norma jurídica aun cuando se ampare en preceptos genéricos, como la cláusula casi de estilo, de que «El Gobierno podrá dictar las disposiciones que considere necesarias para la mejor ejecución de la Ley». Ni reglamentos ejecutivos generales ni reglamentos parciales de interpretación (aquéllos en aplicación de la Ley y éstos para ejecución de la Ley) pueden dictarse en este terreno. Con lo dicho, queda bastante claro que más que hablar de normas civiles y normas administrativas, hay que hablar de *preceptos concretos* dentro de cada una de las normas jurídicas (3); y la razón es evidente: toda norma jurídica en su vida hoy día—es muy raro que así no suceda—preceptos jurídico-administrativos que surgen cuando la Administración deba intervenir subjetivamente. Por ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos contiene preceptos especiales para la Administración Pública (art. 76, por ejemplo); nada digamos de la Ley Hipotecaria que los contiene en número muy elevado, lo que ha hecho posible la publicación de un Reglamento autorizado también de forma genérica por la misma, etc.

Es imposible hoy día mantener el equívoco de que las ramas jurídicas viven aisladas entre sí, y ello tiene un fiel reflejo, y aun nos atreveríamos a decir que una concusa en la simbiosis de la técnica jurídica que se emplea. La Ley del suelo pertenece a este tipo actual de norma jurídica con reflejos dobles. Hay preceptos de ella claramente administrativos; otros claramente civiles y otros mixtos, así, por ejemplo, y de forma genérica, se otorga a los propietarios y titulares de derechos reales una acción pública para exigir la observancia de la Ley y una acción privada para obtener de los Tribunales ordinarios la demolición de obras e instalaciones que violen la regulación establecida (arts. 223 y 224) (4).

Como toda norma jurídica y, por tanto, con los caracteres de

(3) Es útil la distinción entre norma y precepto, entendiendo por éste el contenido de aquélla. Hasta cierto punto, aunque desde ángulos distintos, puede traerse a colación la afirmación de CARNELUTTI de que el precepto es la formulación que reviste la norma ética (*Teoría General del Derecho*, 1941, pág. 61).

(4) Constituye esto un problema capital de la ciencia jurídica.<sup>7</sup> No ya si de una norma o un precepto civil pueden surgir derechos reflejos, lo que parece evidente, sino si de una norma o un precepto administrativo pueden nacer derechos (directos o reflejos) que se hagan valer ante los jueces ordinarios. Por ejemplo, incumplida una ordenanza edilicia, ¿qué reacción pueden tener los terceros perjudicados por la altura del edificio? Si sólo surgen derechos públicos, es evidente que sólo podrán acudir a la Administración denunciando el hecho, pudiendo, si llegara a plantearse un litigio contencioso, mostrarse parte como coadyuvantes o incluso como demandados si su petición, habiendo sido estimada por aquélla, era recurrida la resolución por el incumplidor; podrían también recurrir ellos ante la pasividad o negativa administrativa. Ahora bien, en el caso mencionado en el texto, la Ley expresamente prevé una reacción privada, de lesionado a un cumplidor, sin pasar por la Administración. Sobre este problema, vid. VITTA: *Diritto Amministrativo*, 1949, t. I, págs. 119 y sigs. Se trata, por tanto, de vías paralelas que modifican la naturaleza de los derechos accionados.

su imperatividad, legalidad, abstracción o impersonalidad, la Ley del Suelo ha de ser *aplicada*, y el primer requisito para que toda norma sea aplicada es el de que esté vigente. La aplicación del derecho es el aspecto, quizás, más fundamental del mismo. De nada o poco sirve la creación del ordenamiento jurídico si la norma tecnificada positivamente ha de quedar inaplicada, pues nos encontraremos ante una teoría desprovista de realismo práctico. Esta aplicación requiere dos momentos fundamentales: la búsqueda de la norma y su interpretación cuando sea dudosa. Como todo acto jurídico, la norma puede ser válida y eficaz, conceptos éstos que pueden existir unidos o separados, pues caminan por senderos distintos. Lo necesario para que la norma jurídica pueda ser aplicada es que sea *eficaz*, aun cuando sea inválida; es decir, que sea existente en un momento determinado. Sucede a menudo que, aparte de la *vacatio* de los veinte días, según dispone el Código civil, existe otro período superior. Las razones pueden ser muy variadas: la necesidad de publicar un Reglamento de ejecución, los cambios de la vida social durante la elaboración de la Ley que obligan a su momentánea suspensión, razones de oportunidad política, necesidad de amoldar la legislación anterior a la nueva, etcétera. Cuando nada dice la norma, entra en vigor a los veinte días de su publicación. Y entonces surge el otro problema aún más importante, que es el de los sistemas derogatorios de normas anteriores y contrarias. Si las normas civiles plantean muchos problemas en orden a su eficacia respecto de situaciones de hecho anteriores (5), las jurídico-administrativas las plantean en mayor número por su prolijidad que no encuentra límites bien definidos. En muchas ocasiones resulta difícil conocer qué norma jurídica está en vigor, y ello es debido a la utilización de diversas técnicas jurídicas, a saber:

a) La más genérica y vulgar, que se limita a derogar las normas contrarias.

b) La que especifica las normas que se derogan.

c) La que nombra una Comisión para determinar qué normas continúan en vigor.

d) La que nombra una Comisión que determine qué normas anteriores han de ser derogadas.

e) El sistema que establece que las normas ejecutivas anteriores continúan en vigor hasta la publicación de las nuevas, y siempre, claro, está, que no se opongan a lo establecido en la norma que se promulga.

Es fácil comprender que el primer sistema es técnicamente sencillo, pero prácticamente de difícil aplicación, ya que obliga a rea-

(5) Por ejemplo, la reforma del Código civil plantea problemas importantes sobre la retroactividad de la Ley de 24 de abril de 1958 en orden, sobre todo, a hechos y situaciones de hecho anteriores (adopciones, consentimiento de la mujer para la enajenación o gravamen de inmuebles gananciales, etc.).

lizar labores de interpretación que variarán según los intérpretes, y que puede conducir a graves confusiones.

El segundo sistema es el óptimo y sería de desear la exigencia de unas tablas de derogación y vigencia en todas las normas jurídicas nuevas. El sistema de las Comisiones es defendible siempre que estas Comisiones se constituyan dentro de los plazos señalados; mientras esto suceda habrá que distinguir: si la Comisión ha de determinar las disposiciones que continúan en vigor, quiere decirse que, en el interin, todas las normas anteriores quedan en suspenso, hasta que reviven o caen definitivamente y, si por el contrario, la Comisión debe determinar las materias que se derogan, éstas continúan viviendo, si bien sometidas a la condición resolutoria de no ratificación.

Lo dicho se refiere no solamente a las normas legales, sino también a las normas reglamentarias, las cuales, cuando son ejecutivas o interpretativas, siguen la vida de la norma que ejecutan o interpretan, de tal forma que, caída ésta, caen aquéllas. Para que suceda lo contrario es preciso que la nueva norma prevea la continuidad de los reglamentos anteriores hasta tanto se promulguen los nuevos y, claro está, que ello hace referencia nada más que a aquellas partes de los reglamentos que no se oponen abierta y directamente a la nueva norma legal.

Así, por ejemplo, la Disposición transitoria 11.<sup>a</sup> de la Ley de Régimen Local, texto articulado, aprobado por Decreto (legislativo) de 16 de diciembre de 1950 disponía que «hasta que se publiquen los Reglamentos para la aplicación de la presente Ley, seguirán provisionalmente, en cuanto no se opongan a ella, las disposiciones reglamentarias actualmente en vigor». Es claro, por tanto, que los Reglamentos del Estatuto Municipal han estado vigentes hasta la promulgación de los nuevos, pero sólo en aquello que no se oponía a la Ley. La Ley de Solares de 15 de mayo de 1945 está totalmente derogada, ya que ha venido a integrarse en la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo 1.<sup>º</sup> del título 4.<sup>º</sup> de la Ley del Suelo, lo que se corrobora, además con la exposición de motivos de la misma.

¿Podemos decir lo mismo del Reglamento de 1947? Se trata de un Reglamento de ejecución y, por tanto, conectado directamente con la Ley que reglamenta; por otra parte la Ley del Suelo, en su Disposición final 2.<sup>a</sup>, establece, genéricamente—con uno de los sistemas poco recomendables—que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la misma y autorizado el Gobierno para que, a propuesta de una Comisión... determine, mediante Decreto, cuáles son las disposiciones vigentes que habrán de continuar en vigor»; y, a su vez, la Disposición final 4.<sup>a</sup> establece que «el Ministerio de la Gobernación (hoy Vivienda) dictará las disposiciones complementarias precisas para la ejecución de esta Ley».

Como se ve, por una parte, impone la publicación de regla-

mentos ejecutivos (no un reglamento de tipo general) y, por otra, deja en suspenso, tal como a nuestro juicio debe interpretarse tal precepto, las disposiciones anteriores, que, no oponiéndose, pueden, en su caso, continuar en vigor. Según nuestro parecer, el Reglamento de 1947 está también totalmente derogado, ya que sigue las vicisitudes de su norma-madre; ello no obstante, y en un intento de conseguir la plenitud del ordenamiento jurídico para que no existan intermitencias de aplicación, podría admitirse la vigencia de aquellas partes del Reglamento que no se oponen abiertamente a la Ley del Suelo.

Ello nos obliga a examinar en qué aspectos fundamentales sucede tal cosa.

### III

La Ley de Solares formaba parte de las normas mixtas de *fomento* y *policía*. De fomento porque, en efecto, estaba encaminada a fomentar la construcción, y de policía porque establecía sanciones para los propietarios incumplidores, y la sanción, dejando aparte si es requisito esencial o natural de la norma, mal se aviene con el fomento. Una primera tentativa de verdadera norma de fomento la constituyó la Ley de 12 de junio de 1911, que creó el arbitrio municipal sobre solares sin edificar, como sustitutivo del antiguo impuesto de consumo y que aún hoy día forma parte de las Haciendas locales, al que hay que unir el arbitrio no fiscal sobre edificaciones deficientes. Lo cierto es que tal gravamen no fué suficiente por sí solo para atajar la especulación en las transacciones de solares, que eran una de las inversiones más apetecidas. Tuvo que modificarse el sentido finalista del ordenamiento jurídico español con la publicación de la Ley de 1945, que utilizaba las técnicas policiales unidas a las de fomento (6). La Ley no podía ser más ambiciosa: regulación de la venta forzosa, de la expropiación, extinción de los arrendamientos y demás derechos personales y, en fin, un plazo de retención con la idea de que el propietario se viese impedido a la edificación.

Veamos los distintos aspectos más esenciales de la regulación anterior:

a) Territorialmente las disposiciones de la legislación de solares se aplicaban a las poblaciones de más de 10.000 habitantes y en aquellas otras que el Consejo de Ministros estimase conveniente incluir. De hecho, los beneficios se hicieron extensivos a una gran cantidad de pueblos españoles. Desde el punto de vista del objeto a que se extendía la regulación, se hacía la siguiente clasificación: los solares en sentido estricto; es decir, terrenos

(6) Sobre la utilización de diversas técnicas jurídicas—policía y fomento—, vid. VILLAR PARASÍ: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, «Rev. de Admón. Pública», núm. 14, pág. 45.

no edificados con construcciones permanentes; edificaciones paralizadas, edificaciones derruidas, ruinosas, edificaciones de categoría inferior a las mínimas normales de la vía urbanizada de que se trate.

La Ley era, por tanto, mucho más amplia que lo que su enunciado podía dar a entender, y ello ha tenido una gran importancia en su desarrollo, ya que las edificaciones como concepto contrapuesto a solar pueden estar habitadas, como de hecho lo estaban en su mayor parte, y precisamente la palanca que podía mover al propietario a derruir y edificar era la de la extinción de los derechos de uso de naturaleza personal.

b) La base sobre la que descansaba la Ley era el Registro de Solares que, como todo registro jurídico, era un conjunto de actos administrativos certificantes y, por tanto, no negociales, que inscribían los inmuebles afectados por la Ley sin hacer distinción en cuanto a la inscripción, según si se trataba de solares en sentido estricto o de edificaciones. Puede calcularse la importancia que la inscripción adquiría no sólo para los terceros a quienes interesase la adquisición del inmueble, sino también para el propio dueño que, de esa manera, intuía la posibilidad de desalojar a los inquilinos de las edificaciones al solicitar y obtener la correspondiente licencia municipal, removiendo legalmente y a través de un rodeo los preceptos vigentes de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Según ésta, el propietario puede denegar la prórroga legal de los contratos de arrendamientos urbanos, entre otras causas, por proyectar el derribo de la finca para edificar otra que refina los requisitos exigidos (arts. 62 y 68 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente) con la opción, por parte del inquilino, de retornar al nuevo inmueble o de percibir una indemnización. Pero aparte de ello, una de las causas de resolución del arrendamiento es la declaración de ruina del inmueble (art. 114-1º de la misma Ley).

En este último caso ningún derecho de retorno existe; es más, cuando la ruina es inminente, la propia Administración puede proceder al lanzamiento, aun cuando la sentencia no fuese firme, y hay que añadir, aun cuando no hubiera sentencia, pues razones de orden público legitiman tal medida. El propietario, por tanto, tiene un gran interés en que sus edificaciones—no los solares, por supuesto—sean incluidas en el Registro de solares sobre todo cuando éstas sean ruinosas, evitándose así el planteamiento de un litigio arrendaticio. Esto quiere decir que el estado ruinoso de un edificio desemboca, o puede desembocar, en dos resoluciones distintas:

1.º En la declaración de ruina llevada a cabo por expediente contradictorio que actúa de causa motora de la acción de desahucio y, a mi juicio, vinculante para el juez ordinario.

2.º En la inclusión en el Registro de solares con las consecuencias establecidas en la Ley; es decir, la posible edificación por el

propietario o la venta forzosa y, en ambos casos, con la extinción de los derechos de arrendamiento.

No se establece ninguna conexión entre ambas declaraciones de ruina. A mi modo de ver, la declaración a que se refiere el artículo 114, causa 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es independiente y surte los efectos previstos en el mismo; ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 3.<sup>º</sup>, apartado c) del Reglamento de 23 de mayo de 1947 distingua entre edificaciones *derribadas*, en que ha desaparecido el 50 por 100 de su volumen, y *ruinosas*, las que además se declaren de ruina inminente; podemos llegar a la conclusión de que en este último caso, iniciado el expediente a tenor de la legislación de arrendamientos urbanos, la declaración de ruina inminente tendría como consecuencia la inclusión de oficio, sin más trámites, en el Registro, sin que obste para ello el hecho de que el propietario, para obtener dicha declaración, necesite solicitar previa licencia de derribo y construcción, como exige la jurisprudencia, y ello porque puele incumplir su obligación de edificar.

El derecho de retención estaba pensado como un período para que el propietario iniciara la edificación o la desarrollase a un ritmo normal, plazos que muchas veces no existían prácticamente, ya que por el juego del artículo 15 del Reglamento los efectos de la inscripción se retrotraían a la fecha de su entrada en vigor, respecto de los terrenos que reunían las condiciones exigidas por la Ley.

c) ¿Qué naturaleza jurídica tenían los actos de inscripción o de no inscripción? Ya dijimos anteriormente que no se trataba de actos negociales sino de actos jurídicos de simple comprobación de hechos, a los que les eran de aplicación las normas de la técnica, las cuales no son nunca discrecionales sino vinculadas. La Administración, en estos casos, no está *valorando* sino que está *comprobando*. Naturalmente que el concepto de edificio ruinoso o de edificación paralizada, etc., son conceptos técnicos sin que la Ley otorgue a la Administración ningún género de valoración subjetiva. En términos generales diríamos que la Administración emite declaraciones de conocimiento vinculadas a las normas técnicas de naturaleza constitutiva, ya que la inscripción producía unos efectos que arrancaban precisamente de su existencia. El Reglamento arbitraba un recurso de alzada, previo el de reposición, ante el Ministerio de la Gobernación contra los acuerdos municipales, recurso de alzada evidentemente improPIO, puesto que no se daba ante un órgano superior, sino ante un ente público con funciones tutelares. Contra los actos del Ministerio de la Gobernación—decía el Reglamento—no cabrá recurso alguno. Esta redacción es bastante corriente en nuestras leyes, y que hay que interpretar en el sentido de que no cabe recurso en vía administrativa, pero sí en vía judicial, ya que para su exclusión se requiere una ley que lo mencione expresamente. Por otra parte

bajo la legislación contencioso administrativa anterior, que impedía el recurso contra actos discrecionales, tampoco era posible excluir tal recurso por la naturaleza de los actos, ya que, como hemos dicho, son actos totalmente vinculados o reglados.

d) Inscrito el inmueble en el Registro de solares se preocupaba el Reglamento de regular, en el capítulo 4.<sup>o</sup>, las ventas forzosas, y, en el capítulo 5.<sup>o</sup>, las expropiaciones.

Entre los llamados contratos forzosos, cuya realidad es innegable en nuestro Derecho (7), menciona Díez Picazo la venta de solares. Lo que parece cierto—afirma—es que la compraventa se traba y perfecciona sin tener en cuenta para nada la voluntad del propietario del solar.

Esto es evidentemente exacto. Ahora bien, lo que conviene añadir es que no se perfila esta figura con todos sus rasgos específicos, máxime cuando en el capítulo 5.<sup>o</sup> se habla de las expropiaciones. No es nuestra intención entrar en el examen pormenorizado de las características de los llamados contratos impuestos. Es muy fructífera la distinción entre acto de constitución y relación constituida (8), lo que, por otra parte, es corriente en el Derecho administrativo, en el que predominan los procedimientos y no los actos instantáneos. Forti, por ejemplo, ya habló del procedimiento y del acto final. Así mismo, a nuestro juicio, es trascendental la idea aplicada al *iter contracti* de la Administración Pública, ya que los actos preliminares tienen vida propia independiente (9). Lo que queremos rectificar en parte es la propia terminología, con el fin de terminar con el divorcio que existe, aparentemente, entre el derecho civil y el administrativo. Completamente de acuerdo en que el contrato sigue siendo la base de la vida de relación, y qué además requiere, como elemento fundamental, la libertad de contratar (10); pero de aquí se deduce que

(7) DÍEZ-PICAZO: *Los llamados contratos forzosos*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo 1956, pág. 94.

(8) Díez-Picazo: Op. cit.

(9) Partiendo de estas ideas es fácil demostrar cómo hoy día sea preciso desintegar las instituciones jurídicas para estudiarlas en sus distintas partes. Ello autoriza a defender la existencia de actos separables en la contratación. Vid. mi trabajo *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, «Rev. de Est. de la Vida Local», núm. 87. Tiene importancia esta distinción en los precontratos. DR CASTRO, por ejemplo, los califica como compleja relación contractual de un contrato único desarrollado en dos momentos (ANUARIO DERECHO CIVIL, tomo III, junio-septiembre 1950).

(10) MESSINGO distingue entre libertad contractual y libertad de contratar (*Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 13). Sobre el impacto de la restricción de la autonomía de la voluntad en la libertad de contratar (no en la contractual que conduce al contrato de adhesión o dictado), vid. DÍEZ-PICAZO: Op. cit., con amplias referencias (págs. 87 y sigs.). En el campo administrativo ha examinado este problema, aunque fragmentariamente, CAETANO: *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 1946, págs. 346 y sigs. Afirma que no puede hablarse de contrato en las relaciones que se establecen entre la Administración y los usuarios de los servicios y domi-

en la vida jurídica, cuando se actúa forzadamente, se hace en base a medidas expropiatorias. Para que esto sea admitido precisa dar un paso más y distinguir las *medidas expropiatorias* de la *expropiación forzosa en sentido estricto*. Las primeras serían todos los procedimientos de expropiación con relevancia jurídica privada; así, por ejemplo, la concentración parcelaria, las hipotecas legales, las servidumbres legales, etc. La expropiación forzosa vendría a ser una aplicación específica de las medidas expropiatorias a los casos clásicos en que se adquieren bienes o derechos o se suprimen éstas con relevancia jurídico pública. Desde otro punto de vista, la expropiación se reserva para la aplicación del procedimiento establecido en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y las medidas expropiatorias en los demás casos.

En la propia venta judicial a través del procedimiento de apremio, es clara esta distinción. El procedimiento está llevado a cabo cómo y a través de una medida expropiatoria y el acto final podrá encuadrarse dentro de los contratos de compraventa. Afirma Redentii (11) que «*cuando la venta de las cosas embargadas tome el nombre y en algunas ocasiones la forma aparente de un contrato (aunque ello sucede a través de un comisionado)* la venta judicial en su esencia consiste siempre en un acto de autoridad del juez con el cual se transfieren los derechos contra pago de un precio. Es este el momento de la expropiación en sentido estricto».

En nuestro Derecho se ve más clara la distinción entre el procedimiento expropiatorio judicial y la relación constituida. El artículo 1.489 del Código civil establece que «en las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños o perjuicios, pero sí a todos los demás, dispuesto en los artículos anteriores». En el Derecho italiano no hay acción en caso de vicio de la cosa, ni puede ser impugnada la venta por lesión. Por otra parte, en la Ley procesal civil se habla de la escritura de venta a favor del comprador. Por ello, depende del punto de vista que se adopte para calificar el fenómeno jurídico apuntado: En cuanto procedimiento es una medida expropiatoria, y, en cuanto acto final, instaura una relación jurídica de venta en la que se da apli-

---

nio público, puesto que no se puede privar a ningún ciudadano que se sujete a las condiciones reglamentarias, de la utilización de dichas cosas o servicios. En este sentido es claro que el contrato, como acto de constitución, ha perdido su puesto clave y único; ahora bien, la relación que se instaura al utilizar el servicio económico (por ejemplo, relación ante la Renfe y el usuario) es evidentemente de derecho civil o mercantil (o laboral), regida por las normas aplicables a estas mismas relaciones cuando surgen de contrato (aunque existen derogaciones). Por otra parte, este problema es general para los que se encuentran en situación de monopolio legal. El artículo 1.597 del Código civil italiano establece que *«quien explota una empresa en condición de monopolio legal tiene la obligación de contratar con cualquiera que solicite las prestaciones que forman el objeto de la empresa, observando la igualdad de trato»*.

(11) *Diritto Processuale civile*, vol. II, 1949, pág. 68 y sigs.

cación, tanto del saneamiento por vicios ocultos como por evicción, si bien este último limitado en nuestro Derecho por el artículo 1.533 de la Ley del Enjuiciamiento Civil.

Se pueden, por tanto, discriminar los capítulos 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> del Reglamento. El primero trata de las ventas forzosas en el sentido anteriormente expuesto; una medida expropiatoria hasta el extremo de que se puede adquirir libre de cargas el inmueble, lo que es típico de toda expropiación, y una formalización tipo contractual con el otorgamiento de la escritura pública por los interesados, por el Alcalde o Ministerio fiscal en sustitución, según los casos. El dogma de la autonomía de la voluntad, como se ve, queda notablemente enervado. Lo lógico es que sea decididamente aplicado el fenómeno, incluso a la celebración de los contratos definitivos, como consecuencia del incumplimiento de un precontrato, pues aunque no se trata de su ejecución, sino de un nuevo consentimiento, no se ve la razón, hoy día, para que la actividad de la parte incumplidora no pueda ser sustituida por el juez. De esta forma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en aras de la seguridad jurídica. La sentencia de 9 de julio de 1940, entre otras, sentó la doctrina de que el incumplimiento del precontrato no puede producir otro efecto que el resarcimiento de perjuicios, doctrina ésta que va en contra de las modernas tendencias.

La S. de 1 de julio de 1950 ha iniciado un nuevo rumbo al afirmar que no se precisa nueva manifestación de voluntad y que la ejecución del precontrato no es acto personalísimo, por lo que el juez puede suplir la rebeldía de la voluntad. Esta tendencia se mantiene en la S. de 26 de octubre de 1956.

En realidad el Tribunal Supremo no se atreve a romper decididamente con el axioma voluntarista, buscando un rodeo: no se trata de acto personalísimo. En realidad habría que afirmar que aunque fuera así, como en la realidad se puede forzar la voluntad dirigiéndola, aun cuando careciese de libertad absoluta, debe prevalecer por encima de ella el principio *pacta sunt servanda*. La seguridad jurídica está sobre el arbitrio individual. La doctrina primitiva del Supremo al no admitir el resarcimiento específico del daño, es decir, el cumplimiento del contrato definitivo, daba un cheque en blanco a los infractores de los pactos libremente celebrados.

Naturalmente que esto es aplicable tan sólo en los casos en que no sea excluida por las partes (respecto a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil) la ejecución específica o que lo impida la naturaleza del contrato definitivo (obligación de hacer infungible por ejemplo). En este sentido se pueden escoger dos vías distintas: o el excesivamente amplio de que la sentencia sea constitutiva del título, el cual, a su vez, servirá para pedir la ejecución del contrato definitivo (es decir, su autoejecución en un nuevo juicio), o que la sentencia sea la base para que se celebre el mencionado contrato, bien por el deudor incumplidor, bien por el juez,

sustituyéndolo en los términos legales. La primera vía podrá llevar, sin más, a la ejecución de la prestación, que es el objeto del contrato final, y dando un paso más, a eliminar de nuestro Derecho esta figura, que, si bien cumple funciones, en muchos casos importantes (sobre todo, en los contratos reales), en la mayor parte de los casos es el bastión en que se cobijan los que no se someten a las reglas de la corrección y de la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones.

El Reglamento de 1947 aborda el problema de la valoración de los inmuebles como una de las fases de la venta forzosa y con posterioridad a las peticiones de adquisición formuladas preventivamente o no, según los casos. Interesa destacar que esta valoración se lleva a cabo de mutuo acuerdo o a través de unos índices valorativos entre los que están la tasación pericial con el derogado sistema del tercer perito nombrado judicialmente. La valoración la fijaba el alcalde sin especificarse recurso alguno, ya que el artículo 6.<sup>º</sup>, que regula de forma general los recursos, se refiere solamente a los acuerdos de los Ayuntamientos, es decir, de los órganos colegiados (Pleno o Comisión Permanente) y el artículo 5.<sup>º</sup> lo ratifica al disponer que toda referencia a los Ayuntamientos se entenderá hecha a la Comisión Permanente sin perjuicio de las facultades propias del alcalde.

Efectuado el pago, quedan extinguidos los derechos de los usuarios, una vez transcurrido el plazo de un mes desde que les fueron pagadas las indemnizaciones determinadas en la legislación de arrendamientos.

Por último, después del derecho de reversión, en el capítulo 5.<sup>º</sup> se regula la expropiación por parte del Ayuntamiento.

Decíamos antes que la venta forzosa era una medida expropiatoria que constituye en su punto final una relación jurídico-privada en sus formas externas, aunque en su esencia está toda ella regulada por la idea de que se adquiere *opere expropriationis*; es discutible si esta forma adquisitiva se aplica en el caso de convenio en la valoración. A nuestro juicio sí, como de forma similar hay que predicarla de la expropiación forzosa en sentido estricto, siempre y cuando el acuerdo sobre el justiprecio sea posterior a la iniciación del expediente expropiatorio, pues, en caso contrario, habría una compraventa normal (12). Al igual su-

(12) El llamado «contrato expropiatorio» no es tal. También aquí la voz contrato hay que tomarla en el sentido actual. Hoy día, de mantener el vocablo, hay que convenir que se trata de un simple ropaje externo que puede envolver contenidos varios. El procedimiento expropiatorio empieza con la declaración de necesidad de la ocupación en los casos normales; cualquier acuerdo sobre el justiprecio posterior hace adquirir a título expropiatorio. En los supuestos de urgencia, el acuerdo para quedar fuera de la idea expropiatoria, ha de ser anterior a la declaración de urgencia. Esto tiene gran importancia en orden a la subsistencia de cargas y derechos. Si se adquiere *iure expropriationis*, se aplica la Ley, y la adquisición libre de cargas actúa *opere legis*. En el caso de que se adquiera por contrato hay que

cede en este caso, puesto que la valoración del inmueble es posterior a la inscripción en el Registro de solares, la cual actúa como verdadera declaración de utilidad y necesidad de ocupación (13).

La expropiación, en sentido estricto, a que nos venimos refiriendo, supone que el Ayuntamiento, utilizando el procedimiento normal, expropia él mismo los inmuebles para fines de urbanización y hoy día para constituir un patrimonio municipal del suelo. Esta distinta configuración entre venta forzosa y expropiación, en realidad, queda reducida a dos tipos expropiatorios:

- a) Expropiación con beneficiario predeterminado legalmente, y que es todo aquel que solicita la adquisición; y
- b) Expropiación directa en que el Municipio, además de tener la potestad expropiatoria, es beneficiario (14).

#### IV

Nos corresponde ahora determinar hasta qué punto la Ley del Suelo en su título 4.<sup>o</sup>, capítulo 1.<sup>o</sup> sección 1.<sup>o</sup>, ha modificado la legislación anterior.

a) Como norma general y siempre que un plan o proyecto de urbanización, programa de actuación o declaración de intereses inmediata, a que ya aludimos, establezcan un plazo de edificación de los solares, a él habrá de atenerse el propietario o propietarios, siendo indiferente el sistema de actuación o forma de gestión que se ha llevado a cabo para la urbanización del po-

---

pactar la extinción. El pacto en el primer caso, de existir, sería una cláusula *secundum legem* que nada añadiría; en el segundo sería una *cláusula paccionada* con efectos constitutivos y *praeter legem*. Esta distinción es similar a la que el Consejo de Estado establece en sus dictámenes en orden a las cláusulas de revisión de precios en contratos de obras públicas y suministros. Según la Ley de 17 de julio de 1945 se aplica la revisión a los contratos celebrados a través de las formas de subasta y concurso. Por una práctica constante vienen colocándose cláusulas revisoras en los celebrados directamente por la Administración. Por otra parte, incluso en los primeros, se colocaba entre el clausulado la posibilidad de revisión. Su eficacia y naturaleza varía según los casos: en los primeros (celebración mediante subasta o concurso), la cláusula es *secundum legem*, por tanto, nada añade antes bien puede inducir a confusiones cuando no se trate de remisión pura y simple de la Ley; en el segundo, al contrario, la cláusula revisoria es de naturaleza negocial no *contra legem*, ya que no lo prohíbe la Ley de 1945, pero sí *praeter legem*. En aquellos supuestos la revisión actúa *sin o contra* cláusulas contrarias; en éste actúa *cuando* se pacta.

(13) La inscripción produce estos efectos, ya que el llamado *estado de venta forzosa* de los inmuebles no es otra cosa que una situación interina que desemboca normalmente—no siempre—en una medida expropiatoria.

(14) Esta distinción es necesaria. Un Municipio, por ejemplo, puede ser beneficiario sin tener la potestad expropiatoria; puede ser beneficiario y tener dicha potestad, y puede tener la potestad y no ser beneficiario. Sobre un aspecto de la distinción, vid. CARRO MARTÍNEZ: *La expropiación forzosa de las Entidades Locales*, «Rev. Vida Local», núm. 89, pág. 666 y ss.

lígono o manzana. De no establecerse dicho plazo la Ley marca dos o tres años, según los casos (art. 142, 2) a) y b). La primera modificación que anotamos es la sustitución de la palabra «edificaciones de categoría inferior a las mínimas» por la de «edificaciones inadecuadas», es decir, que junto a los solares en sentido estricto existen las edificaciones paralizadas, ruinosas, derruidas e inadecuadas que como ficción jurídica se asimilan a aquéllos. Y aquí surge una importante distinción respecto de la legislación anterior, referente a los plazos de retención y de prórrogas, en su caso. Los solares, en sentido estricto, se inscriben en el Registro, una vez transcurrido el plazo correspondiente para su edificación; se trata, por lo tanto, de un hecho automático y, por tanto, la inscripción será meramente declarativa, produciéndose los efectos de manera inmediata transcurridos los mencionados plazos y sus prórrogas, en su caso, y ello con independencia de la fecha de inscripción, así como del recurso que pudiera entablararse. Por el contrario, para las *construcciones* asimiladas a los solares, la inscripción es verdaderamente constitutiva, ya que desde entonces comienza a computarse el plazo de retención.

Actúa *ex ante* del período de retención en este caso y *ex post* respecto de los solares en sentido estricto.

b) El régimen jurídico a que debe someterse el acto de inclusión ha sido también modificado sustancialmente. El Ministerio competente es el de la Vivienda al haber absorbido cuantas competencias existían en materia de urbanismo y edificación. Esto exige, sin embargo, algunas aclaraciones debido a la compleja legislación actualmente existente. Según el artículo 220 de la Ley del Suelo, los acuerdos municipales a que se refieren los artículos 142, núm. 1.<sup>o</sup> y 144, son susceptibles de recurso de alzada en el plazo de quince días ante la Comisión Provincial de Urbanismo. No parece dudosa, por lo tanto, la competencia; ahora bien, sigue diciendo el mismo artículo, «excepto cuando esté previsto expresamente que lo sean ante la Comisión Central». A nuestro juicio, es esto lo acertado, que se justifica con el fin de unificar esta materia de gran importancia y porque los recursos de alzada lo son en un solo grado. No se nos oculta un grave inconveniente que se opone a esto, y es que no está constituida la Comisión Central de Urbanismo.

Por Decreto de 26 de abril de 1957 se aprobó un Reglamento orgánico provisional de dicho Ministerio de la Vivienda, estableciendo su artículo 18 que se dictarán las disposiciones necesarias para su desarrollo y en el plazo de un año se aprobaría el Reglamento definitivo.

Otro Decreto de 28 de junio de 1957 dispuso que en tanto se organizaban y coordinaban los organismos que habían pasado a su dependencia (entre ellos el Consejo Nacional de Urbanismo y la Comisión Central de Urbanismo)—que sustituye a la antigua Comisión Central de Sanidad Local, lo que ya estaba previsto en

la Ley de Régimen Local—, el ejercicio de las facultades atribuidas por la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana al Consejo Nacional y a la Comisión Central de Urbanismo que suponga obligaciones económico-administrativas para las Corporaciones locales, requerirá previo acuerdo del Ministerio de la Gobernación. Sus funciones se encomiendan al Presidente de los mismos (Ministros y Subsecretario, respectivamente). El artículo 2.<sup>º</sup> disponía que dichas atribuciones «en ningún caso podrán rebasar el plazo que determina el artículo 18 de Decreto de 26 de abril de 1957».

La situación actual, por tanto, es que al no haberse constituido los mencionados organismos y haber rebasado el plazo mencionado sin que exista un Reglamento orgánico definitivo, los Presidentes han perdido automáticamente la competencia, siendo inválidos cuantos actos realicen en estas materias. En consecuencia, el recurso de alzada deberá interponerse, en todo caso, ante las Comisiones Provinciales de Urbanismo, hasta tanto que se modifique la situación actual (el Decreto de 3 de octubre de 1957 organiza las Delegaciones Provinciales de la Vivienda, en las que se integra el llamado Consejo Provincial de Urbanismo).

Es claro, por tanto, que cuantas menciones existían en el Reglamento de 1947 respecto al recurso de alzada, previo él de reposición que se mantiene ante el Ministerio de la Gobernación, están completamente derogadas.

c) La vieja Ley de Solares se aplicaba a los Municipios superiores a 10.000 habitantes y aquellos otros a que se ampliase expresamente. Nada de ello se encuentra en la vigente Ley del Suelo, cuyas referencias numéricas lo son a otros efectos.

d) En otro importante aspecto está también derogada explícitamente la legislación anterior, y es en el relativo a la valoración de los inmuebles inscritos. Antes, como dijimos, constituía una fase del procedimiento de venta forzosa. Hoy, la inclusión de un solar o finca en el Registro implica la iniciación del expediente de valoración, de tal forma que, en el propio Registro, se plasma su valor, con el fin de que los particulares terceros puedan solicitar la adquisición. Hay en vigor un Reglamento de valoración, aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956, a que se refiere la Disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley en relación con los coeficientes del capítulo 4.<sup>º</sup> del título 2.<sup>º</sup> En este sentido, el justiprecio de los inmuebles se funda en el valor urbanístico y no en el valor comercial, teniéndose en cuenta, en todo caso, las indemnizaciones procedentes en favor de los arrendatarios. Conviene tener en cuenta que la Ley del Suelo establece criterios de valoración propios, pero el procedimiento de justiprecio es el de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Por lo tanto, existe intervención, en su caso, del Jurado Provincial de Expropiación, estando derogado el sistema de peritaje a que se refería el Reglamento de solares.

El precio así fijado sirve de base, tanto para la venta forzo-

sa como para la expropiación. Estos conceptos también han variado en cierto sentido, ya que si bien se mantiene la potestad expropiatoria de los Ayuntamientos respecto de los solares y fincas en situación de venta forzosa (y aun sin ella, hay que añadir), al referirse expresamente el artículo 146 a las peticiones de ventas forzosas; dice que cualquier persona podrá adquirir tales fincas «y solicitar del Ayuntamiento que las expropie y se las adjudique íntegramente con arreglo a la valoración predeterminada anteriormente». Esta redacción hay que entenderla en su sentido lógico; es decir, que la venta forzosa es una medida expropiatoria con un beneficiario legalmente determinado. Se regulan en la Ley los derechos de los propietarios durante el período de retención, así como cuando los inmuebles se encuentran en situación de venta forzosa; la posibilidad de que el Ayuntamiento saque a subasta el inmueble bajo el tipo de licitación que es el justiprecio, y como denominador común la *cláusula modal* del compromiso por parte del adquirente de edificar según plan y dentro del plazo con las consecuencias del incumplimiento (derecho de reversión del propietario expropiado). Se regula en el artículo 148 la posibilidad de que el propietario rehabilite su propio inmueble cuando está en situación de subasta, mediante una oferta *in incertam personam*, y el otorgamiento de una escritura de poder a favor de un funcionario, con el fin de desposeerse prácticamente de su poder de disposición.

Pero quizás el punto más importante en que conviene comparar las normas anteriores y las actuales es el de la extinción de los derechos de arrendamiento de los inmuebles afectados. Ya dijimos en líneas anteriores que, como norma de fomento, la Ley de Solares había establecido, en su artículo 2.º, que, tanto en el caso de adquisición por venta forzosa como en el de edificación por el propietario dentro del plazo de retención, quedaban extinguidos los arrendamientos y demás derechos personales que por cualquier título existieran sobre la construcción o solar, mediante el solo pago de la indemnización determinada por la legislación de alquileres. También decíamos que de aquí arrancaba un interés a procurar y promover la inclusión en el Registro, ya que se removía el derecho de retorno que la Ley de Arrendamientos Urbanos impone a los propietarios que quieran derruir y reedificar las construcciones.

Sin embargo, pronto se hizo marcha atrás en este pensamiento, y el Decreto de 5 de septiembre de 1952, razonando en su preámbulo sobre la falta de precisión en relación con la cuantía de la indemnización, se amparaba en la evidente analogía existente entre la causa 2.ª del artículo 76 (hoy 62) de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la ordenación de solares, y por razones de justicia de equidad otorgó no sólo el derecho de indemnización en metálico, sino uno de retorno a los nuevos inmuebles.

Las razones de justicia y equidad invocadas son evidentes,

aunque no en todos los casos, pero lo cierto es que se frenó el impulso dominicial para el derribo y edificación, ya que el tener que soportar el mismo contrato de arrendamiento, que había quedado en suspenso con las congelaciones de renta, no era apetecido por los propietarios. Más aún, hoy día en que se ha dado (art. 15 del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 17 de marzo de 1959), rango registral al derécho de retorno «ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador».

La Ley del Suelo vuelve a insistir en su artículo 149 en el primer sentido de la Ley: los arrendamientos y demás derechos personales se extinguían tanto en los casos de enajenación y de expropiación como en los de obtención de licencia por el propietario, y para recalcar más su espíritu añade: «Sin que repercutan, de ningún modo, sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse en ella locales o habitaciones a los antiguos ocupantes».

Los titulares de estos derechos habrán de ser indemnizados en cuantía, como máximo, igual a la señalada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero bien entendido que llevará a cabo la fijación como expediente incidental de la valoración y, en el caso de venta forzosa, por los preceptos del Reglamento de bienes por la vía del desahucio administrativo sin que, en ningún caso, intervenga la Junta de Estimación.

## V

Las líneas anteriores han pretendido poner de manifiesto uno de los casos en que el normativismo es, si no funesto, sí estéril o superfluo. Las normas jurídico-administrativas han de ser aplicadas, ante todo y sobre todo, por la propia Administración, y es ella la que implícitamente, y por costumbre contra ley, está dejando de aplicar una norma vigente, con lo cual podría plantearse el problema de hasta qué punto un derecho está en vigor cuando no se vive en la realidad (15).

(15) Que el problema de la vigencia de la Ley del Suelo se viene planteando constantemente lo demuestra la Circular de 19 de febrero de 1958 del Ministerio de la Vivienda. Comete un grave error al afirmar en su preámbulo que *«la facultad reglamentaria de la Administración es inherente a todas las Leyes»*. Ya dijimos antes que las normas legales civiles o mercantiles no son reglamentables salvo que expresamente se diga, por la razón de que los preceptos de dicha naturaleza han de ser aplicados, interpretados y ejecutados por los Tribunales. La cláusula de estilo que se coloca en las leyes, autorizando (aunque no delegando) al Gobierno o a un Ministro para dictar las disposiciones que se estimen pertinentes para el desarrollo de la Ley, ha de aplicarse tan sólo a los preceptos administrativos. Para más se precisa una autorización expresa (por ejemplo, la posibilidad de modificar las rentas en la Ley de Arrendamientos Urbanos: estos reglamentos dictados a propuesta del Ministerio de Justicia, mediante Decretos deliberados en Consejo son delegados). Su existencia en nuestro Derecho es innegable. La competencia en este caso se le entrega al Gobierno *permanentemente*, por lo que no puede hablarse de Decretos le-

Hemos visto las razones que, a nuestro juicio, abonan la aplicabilidad inmediata de la Ley del Suelo. No puede argumentarse en contra que en sí misma es inaplicable por fuerza mayor que se opondría por encima de cualquier teórica jurídica. Es posible que esto sea cierto en algunos aspectos técnicos, pero precisamente en lo relativo al régimen de los solares no resiste la más leve crítica dicha objeción, puesto que en muchos aspectos los preceptos actuales son similares a los antiguos. Las normas jurídicas entran en vigor, cuando no se establezca otra cosa, según establece el Código civil, y ello aun cuando precisen reglamentos de ejecución, siempre que por sí mismas puedan ponerse en funcionamiento en todo, o, al menos en parte, y siempre, naturalmente, que la misma norma no se autosubordine a la publicación del Reglamento.

Un tipo ideal de técnica jurídica sería la de confeccionar los reglamentos antes que las leyes, de tal forma que éstas fueran un simple recorte de los puntos esenciales, y también que se publicasen conjuntamente la Ley y el Reglamento (16). Pero cuando esto no sucede no hay razón para negar vigencia a una norma válidamente promulgada y publicada.

gíslativos. Por otra parte, hay reglamentos delegados dictados por un Ministro concreto, por ejemplo, las autorizaciones que la Ley de Reforma del sistema tributario español otorga al Ministerio de Hacienda. Aquí se ve aún más claro que no se puede hablar de leyes delegadas por la elemental razón de que son reglamentos aprobados por simples Ordenes ministeriales, y la de delegación, cuando existe, se hace al Gobierno. Es extraño, sin embargo, que no se estudie este tipo de reglamentos que son fuente de Derecho civil. GARRIDO FALLA, por ejemplo, los desconoce en nuestro *Derecho* (*Tratado de Derecho administrativo*, 1958, pág. 236 y sigs.). La Circular citada expresa que está en vigor la Ley del Suelo. Claro que tal Circular se dirigió a los Delegados provinciales del Ministerio. Los Ayuntamientos, sin embargo, siguen viviendo su propia existencia.

(16) La Ley del Suelo estableció una *vacatio* de sesenta días. Sobre la inmediata aplicación de la ley, sin necesidad de esperar la emanación de los reglamentos de aplicación, vid. MORTATI: *Istituzioni di Dir. Pubblico*, 1952, pág. 105; DE VALLES: *Elementi di Dir. amm.*, 1951, y, en general, la doctrina es concorde con la idea.

La Ley anterior de lo contencioso-administrativo lleva fecha 22 de junio de 1894 (*Gaceta* del 2 de julio), y el Reglamento fué aprobado por Real Decreto de la misma fecha inserto en la misma *Gaceta*. Si la Ley se promulgase por Decreto no habría inconveniente en que el mismo (promulgara la Ley y aprobara el Reglamento); aun siendo un solo Decreto, es decir uno solo el ropaaje exterior, sustancialmente habría que distinguir la Ley y el Reglamento. Hoy día, la Ley se promulga y publica «a propuesta de las Cortes»; de todos modos se podría hacer coincidir la fecha. La distinción entre ropaaje exterior y contenido normativo es importante. El Decreto de 22 de junio de 1956 aprueba el Texto Refundido de Accidentes de Trabajo y el Reglamento de ejecución. He aquí un caso en el que, siendo uno el aspecto externo, tiene distinta fuerza y valor jurídico: en cuanto aprobatorio del texto refundido es un Decreto legislativo, con fuerza de ley formal; en cuanto aprobatorio del Reglamento es un simple acto administrativo.

En poco tiempo se han publicado dos trabajos defendiendo y atacando al positivismo jurídico (17). Reconociendo los beneficios que ha tenido para la geometrización del pensamiento jurídico es evidente que, llevado a sus últimos términos, produce una disociación y divorcio absoluto entre la norma escrita y la realidad y, entre ambas, es evidente que siempre ha de triunfar la segunda que, a fin de cuentas, es el substratum sociológico del sistema jurídico. ¿A qué podemos achacar, por tanto, que se siga aplicando como vigente la Ley de Solares y su Reglamento? A mi juicio es muy compleja la legislación actual, sobre todo la legislación jurídico-administrativa, por razones obvias y que no exigen explicación, pero esta complejidad obedece a una causa más remota: la inflación normativa de los momentos presentes.

---

(17) CARNELUTTI: *Bilancio del positivismo giuridico*, «Riv. Trimestrale di Dir. Pubblici», 1951, núm. 2, págs. 281 y sigs.; L'HUNTLIER: *Defense du positivisme juridique*, «Rev. de Droit Public», 1954, núm. 4, págs. 941 y sigs.

# VIDA JURIDICA

## I. NOTICIAS

### A) NACIONALES

#### Una nueva revista jurídica española

Ha aparecido el primer número de la «Revista de Derecho Judicial», cuyo Consejo de Redacción lo preside don Manuel de la Plaza, actual presidente de la Sala I.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, y cuyo director es el juez de Primera Instancia don Miguel López-Muñiz Gofii. En la presentación se nos advierte que, aunque haya de darse preferencia a temas estrictamente judiciales (organización, función y poder judicial; deontología, historia y vida judiciales), la Revista no adopta el término «Derecho judicial» en un sentido de excesiva especialización. Dirigida preferentemente a los miembros de los Cuerpos Judiciales que sientan inquietudes científicas, sus páginas estarán abiertas también a todos los profesionales del Derecho. La Revista tendrá una frecuencia trimestral y, a juzgar por el contenido del primer número—excelentemente presentado—, tocará amplias zonas del Derecho (Derecho civil y mercantil, penal, procesal, administrativo, Medicina forense, historia judicial, información extranjera, legislación, jurisprudencia y bibliografía). Para los lectores del ANUARIO ofrecerán interés los siguientes trabajos: Antonio Sabater Tomás: *El artículo 1.504 del Código civil* (págs. 17-31); José María Reyes Monterreal: *Aceptación sin «aceptón» y alcance del simple «acepto» en caso de domiciliación* (págs. 32-46); Francisco Soto Nieto: *Extensión del objeto reclamado en la excepción a la prórroga por necesidad* (págs. 47-71); Paulino Martín Martín: *Legalización judicial* (págs. 113-117). Señalemos también un interesante trabajo de José Luis Manzanares Samaniego sobre la Organización judicial en Alemania. Deseamos a la «Revista de Derecho Judicial» una vida próspera y fecunda para bien de la Ciencia jurídica española.

G. G. C.

#### Conferencias del profesor Borda en España

Durante el pasado mes de marzo ha visitado España el ilustre civilista argentino Guillermo Borda, profesor en la Universidad Católica de Buenos Aires y juez de la Cámara Nacional de su país. La estancia en nuestra patria de tan distinguido visitante ha sido ocasión de un grato contacto. El profesor Borda, en efecto, ha hecho acto de presencia en las tribunas de los más importantes centros culturales jurídicos de Madrid, ofreciendo desde ellas algo de su magisterio a los juristas españoles.

En el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos disertó Borda, en acto

presidido por el director y subdirector de aquel organismo, sobre *La teoría de los vicios del consentimiento y el error como causa de nulidad*. A lo largo de su conferencia, Borda fué exponiendo una serie de razones y hechos, modestamente calificados de *observaciones*, que, a su juicio, obligan a repensar la teoría de los vicios del consentimiento y en particular el error como causa de nulidad de los actos jurídicos.

Recordó Borda así que la teoría de los vicios del consentimiento parte como premisa de que, para producir efectos jurídicos, la voluntad debe ser expresada con discernimiento, intención y libertad. Se basa, pues, en que sólo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero ésta es una posibilidad—observó—que se da rara vez en los negocios jurídicos; generalmente llevamos a cabo éstos bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde serán perjudiciales; el error en la concertación de un negocio no sólo es frecuente, sino casi inevitable, y si éstas fueran causas de nulidad, prácticamente toda las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción. Tan evidente es esto, que los sostenedores de la teoría de los vicios de consentimiento han tenido que admitir importantes limitaciones. Con ello se ha tratado de mantener el principio, negando la mayor parte de las consecuencias; pero Borda entiende que si la realidad jurídica demuestra que la teoría de los vicios del consentimiento es peligrosa e inaplicable en numerosísimos casos, ello muestra que tiene en sí misma fallos radicales. Para demostrarlas, el conferenciente descendió al análisis de algunos de dichos casos a través de partes distintas del Derecho civil.

En materia de obligaciones, primeramente, después de recordar las dos teorías—voluntad declarada o voluntad interna—que en esta materia se disputan el terreno, puntuizó que, si se admite la primera, habrá que rechazar ineludiblemente la nulidad de los actos jurídicos basada en el error; pero aún aceptando la segunda, la nulidad es también inadmisible, porque, de admitirse que el error es causa de nulidad, no es aventurado decir que todos los actos serían nulos, ya que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro. La constatación de esta realidad ha obligado a introducir una distinción entre errores esenciales y accidentales, pero esta distinción es, a juicio de Borda, arbitraria: si en ambos casos el consentimiento está viciado, en los dos la consecuencia debe ser la misma. «La verdad es—afirmó—que mientras el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una sanción tan grave como una nulidad debe tener una base seria, objetiva y concreta, y no puede fundarse en procedimientos puramente internos, cuya prueba será siempre o casi siempre imposible producir. Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre, decía un juez inglés de la época de Eduardo IV.» Por otra parte, sería contrario a la equidad, en opinión de Borda, que el legislador se pusiera de parte de quien, por descuido o por otra razón, se equivocó, y no de parte de quien obró con diligencia, ya que la sanción de la nulidad perjudica pre-

cisamente al que no incurrió en error. Por todo ello es imposible en la práctica anular un acto por el solo vicio de error, y a este respecto Borda adujo buen número de ejemplos y analizó jurisprudencia europea y americana, destacando la resistencia judicial a anular actos por aquél y concluyendo que «el error es una causal de nulidad en los Códigos, pero no en la jurisprudencia; la vida del Derecho, la seguridad y seriedad en los negocios jurídicos no toleran tales nulidades».

En materia de sucesiones, Borda aplicó también su tesis, calificando de extremadamente peligroso el admitir medios de prueba extraños al testamento. En materia de matrimonio, finalmente, defendió asimismo su teoría, proyectándola sobre la teoría clásica del consentimiento matrimonial. Puso de relieve la falta real de discernimiento a la edad en que los Códigos autorizan a contraer matrimonio. Observó también las limitaciones reales a la voluntad de los contrayentes en la mayor parte de los casos. En cuanto al error, demostró con ejemplos la injusticia de anular el matrimonio por ese vicio. En cuanto al dolo, aunque sea justa la sanción de nulidad, ésta no se funda—hizo notar—en un vicio del consentimiento, sino en la existencia de un hecho inmoral e ilícito que la ley no puede tolerar. La conferencia constituyó así una muy amplia y sugestiva crítica en la doctrina sobre el consentimiento en sus diversas aplicaciones.

En el Colegio Notarial de Madrid habló el profesor Borda sobre *El experimento divorcista en Argentina*. A través de esta conferencia fué exponiendo los efectos que la ley argentina del divorcio—promulgada, por sorpresa, en 1954 y derogada en 1956—ha tenido durante su efímera vida. Dicha ley estableció un sistema muy liberal para la disolución del vínculo: cualquiera de los cónyuges podía, un año después de la sentencia que había decretado la separación, pedir la disolución del vínculo, y el juez debía decretarla sin oír al otro esposo. La aplicación de este régimen, sin embargo, constituyó una sorpresa para los sustentadores del divorcio vincular. Se había pensado que la ley sería como una compuerta por la que pasaría pronto un torrente de disoluciones de vínculos, instadas por personas que habían ya contraído matrimonio en fraude de ley en Méjico y Uruguay, (hecho que no ha sido raro entre argentinos) y que desecharían regularizar así su situación. Pero el número de disoluciones ha sido pequeño en proporción a la población argentina.

Las cuestiones suscitadas por la ley del divorcio no han terminado. Los magistrados *divorcistas* han procurado hacer producir el mayor número de efectos jurídicos a los matrimonios *méjicanos*. Nadie duda de que tales matrimonios son nulos ante la ley argentina, porque ésta dispone de modo expreso que el matrimonio no podrá disolverse sino por los modos en ella admitidos, cualquiera que fuere el domicilio y la nacionalidad de los cónyuges. Pero se ha sostenido que dichos matrimonios deben tenerse por válidos en tanto no se declare su nulidad, lo que produce importantes consecuencias respecto a la filiación y a la sucesión. El conferenciente hizo notar lo inadmisible de tal interpretación, que en el fondo es expresión de una tendencia a amparar a quienes han echado mano del recurso de los matrimonios *in fraudem legis*.

El doctor Borda concluyó esta disertación observando que el porvenir del régimen matrimonial es incierto en Argentina; varios partidos siguen propugnando el divorcio, pero una sólida y a todas luces mayoritaria corriente de opinión lucha para que la familia argentina siga sustentándose sobre la base tradicional y cristiana de la indisolubilidad del vínculo.

El profesor Borda ha pronunciado también conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y en otras Corporaciones. A través de todas aquellas, los juristas españoles—entre los cuales era ya conocida la figura del argentino por sus publicaciones y especialmente por su *Tratado de Derecho Civil*—han podido apreciar personalmente las dotes de claridad y profundidad de este jurista, que en todas sus intervenciones se ha mostrado expositor amenísimo y todas las ha apoyado firmemente en la realidad jurídica, demostrando tanto una aguda visión de la vida práctica como un documentado conocimiento del Derecho comparado.

José María Castán Vázquez

## **Las cláusulas de estabilización de valor en la hipoteca**

Una excelente aportación al estudio del equilibrio económico de las contraprestaciones en los contratos onerosos, ha sido la conferencia que el Registrador de la Propiedad, don Pablo Martínez de la Cueva pronunció, dentro del ciclo organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Con exhaustiva documentación, el señor Martínez de la Cueva señaló cómo la progresiva depreciación del valor del dinero, no es sólo un problema económico-político, por interesar al Estado defender el valor de su moneda; sino también de Derecho privado, pues repercute necesariamente en la eficacia de las obligaciones pecuniarias, sobre todo cuando son de trato sucesivo o pagaderas en un largo plazo; prueba de ello es, además de la ley de Desbloqueo, los trabajos científicos de Roca Sastre, Batlle Vázquez, Bonet Correa, Pelayo Hore, Valeriano de Tena, Dualde y Candil, y las interesantes Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Tribunales y del Notariado, que se han ocupado, tanto de la posibilidad de la resolución o modificación de las obligaciones por excesiva onerosidad sobrevinida, como sobre la validez de las cláusulas de garantía monetaria.

Las crisis producidas por las dos guerras mundiales, añadió el señor Martínez de la Cueva, han dado lugar al nacimiento de fenómenos que, como la desaparición del patrón oro y la creación de los grandes bloques económicos internacionales de carácter oficial, también afectan al contenido de las obligaciones dinerarias; y que en España se han dejado sentir a través de la ley que concede curso forzoso a los billetes del Banco de España, y por las medidas de parcial liberación del comercio, convertibilidad y fijación de un valor oro de la peseta, dictadas a consecuencia del ingreso de España en la O. E. C. E. y F. M. I.

Con gran claridad se pronunció el señor Martínez de la Cueva, sobre la posibilidad de modificar por la voluntad de los particulares, los efectos de las leyes que sancionan el nominalismo en nuestra Patria (L. 9-XI-1939, L. O. B. de 1946 y E. B. E. 1947) y después de recoger los estudios de Foncillas, Dualde, Roca Sastre y Valeriano de Tena, consideró como más acertada la tesis eclectica de la moderna doctrina italiana que admite la validez de dichas cláusulas en cuanto no se opongan a los principios del Ordenamiento Jurídico.

Siguió la disertación, el señor Martínez de la Cueva, con gran rigor científico, para examinar los módulos de estabilización y dedicó especial atención a las repercusiones de la Ley de 17 de julio de 1959 en el moderno artículo 219 del R. H. y a la posibilidad de pactar en el futuro las cláusulas valor dólar y moneda convertible.

Después de analizar los módulos de estabilización en el nuevo artículo 219 y las innovaciones introducidas por éste en cuanto a las cifras de revalorización, ejecución hipotecaria e hipotecas de amortización, el señor Martínez de la Cueva, calificó favorablemente la reciente reforma hipotecaria, pues facilita el crédito territorial, una de las finalidades de la Ley Hipotecaria de 1861, según señalaba en su luminosa Exposición de Motivos su autor, don Pedro Gómez de la Serna.

LUIS ALCAZAR

### Becas en el Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles, en Bolonia

Juzgándolo de interés para nuestros lectores damos cuenta de que la Junta del Patronato del Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles, en Bolonia (Italia), saca a provisión, en riguroso concurso de méritos, becas vacantes para los cursos 1961-62.

Pueden optar a dichas becas, previo cumplimiento de las normas que al efecto da a conocer la Dirección General de Relaciones Culturales del Ministerio de Asuntos Exteriores, entre otros, los Licenciados en Derecho que deseen doctorarse en la Universidad de Bolonia.

R.



## B EXTRANJERAS

In memoriam

Tullio Ascarelli

Tullio Ascarelli, maestro y amigo, ha dejado de existir, arrancado a la escuela por un mal incurable, prematuramente, casi fulminantemente, como habían transcurrido sus días de vida terrena, provechosos e intensos, compaginando sabiamente los principios con la acción; la vida con el Derecho.

En plena madurez intelectual, la muerte ha querido privarnos de su genialidad creadora, cuando habíamos empezado a recoger, como fruta madura, sus obras de conjuro, culminación de su carrera científica, una de las más fecundas entre todos los juristas contemporáneos.

El increíble número de sus publicaciones, monografías, artículos de revistas, escritos polémicos, comentarios jurisprudenciales, notas, reseñas, conferencias, intervenciones en congresos, asambleas, comisiones legislativas, etc., sólo parecen posibles a quienes conocieran sus dotes intelectuales excepcionales, su memoria prodigiosa, su capacidad de trabajo y sus formidables dotes organizadoras.

El nombre de Ascarelli está omnipresente en más de treinta años de vida jurídica contemporánea, en los que apenas hay materia que no se haya beneficiado de su ingenio y de su capacidad de penetración, ocupando por méritos propios un puesto destacadísimo en el espléndido movimiento de renovación de la ciencia jurídica italiana. Su figura sobresale por la brillantez de sus puntos de vista, por la originalidad de sus planteamientos, por la riqueza de sus fuentes y por lo insospechado de sus conexiones, con las que a menudo nos asombra, sólo posibles por la solidez de su formación cultural, que desconece barreras y a la que pocos sectores son ajenos.

La vida de Tullio Ascarelli es un ejemplo de entrega total, apasionada, sin tregua y sin descanso. Su obra es la de quien hubiera presumido la brevedad del tiempo que el destino le tenía reservado. Afloja en ella un deseo incontenido de ofrecer el máximo, de transmitirle todo lo posible y cuanto antes. Es, como era el hombre, pródigo de ideas, de sugerencias, que rezuman en cada párrafo, en notas aparentemente secundarias a pie de página, ofrecidas con la prodigalidad de quien no ha conocido la estrechez ni la teme para el futuro. Su impaciencia por transmitirnos todo lo que tenía dentro muchas veces no le ha permitido esperar el momento justo y el lugar adecuado, volviendo sobre sus temas predilectos, sistemáticamente a veces, aprovechando un pretexto o una conexión tangencial. Consciente de ello, quizás por eso ha querido que sus últimos volúmenes vayan acompañados de preciosos índices analíticos que salven el peligro de que muchas de sus ideas queden ignoradas, escondidas, como tesoros que se resisten al lector apresurado, que exigen devoción de lecturas, confrontación de textos, esfuerzos en la búsqueda. No pocas veces una rica nota a pie de página en un artículo cuyo título quizás no revela todo su contenido,

nos muestra una visión nueva o simplemente revisada, pero siempre sugestiva del maestro, del que ha sido siempre difícil fijar su última tesis, su última palabra sobre un punto concreto. Y es que la obra de Ascarelli, transida en historicismo, en íntimo contacto con la cambiante realidad, no ha querido ser una obra de últimas y decisivas palabras, de soluciones permanentes e inmutables, porque precisamente ha partido de la premisa de que una solución que hoy parece adecuada, un cambio de valoración del intérprete, puede hacer que deje de serlo. Ha preferido, por ello, tener conciencia de que sólo decía la penúltima palabra de cada problema. Y por ello ha sido más ensayista que tratadista, ha preferido insertar su obra dentro de las grandes corrientes del pensamiento que anclaría en un sistema de derecho positivo de un determinado momento. Por esto se ha visto en él más al sociólogo, al historiador o al filósofo que al exégeta, aunque no por ello pueda afirmarse que desculpara el examen del derecho positivo. El mismo nos había advertido que el estudio de la realidad jurídica no es, evidentemente, un estudio jurídico, aunque su estudio sea indispensable para los juristas y no pueda ser realizado más que con la colaboración de los juristas. Y de ahí también su amplia utilización del método comparativo, favorecido por su amplio y profundo conocimiento de la realidad vivida en otros ordenamientos durante sus largos años de exilio fuera del ambiente jurídico europeo y que tenía que incidir también notablemente en su orientación antiformalista e historicista. Si el derecho comparado debe concebirse como «experiencia» jurídica en un ambiente más vasto que el señalado por la soberanía de los varios Estados, parecía inevitable que la utilidad del derecho comparado para la formación mental de los juristas fuera proclamada por quien partiera de las premisas metodológicas de Ascarelli.

Sus últimas páginas están fechadas el 14 de noviembre, exactamente seis días antes de morir, cuando sabía de su mal incurable, para la introducción a sus dos volúmenes de «Problemi giuridici», recopilación de estudios jurídicos estudiada personalmente por él, aparecidos ahora entre las publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, precedidos de unas palabras de conocida tristeza del decano Calasso. En estas breves páginas, típicas del maestro desaparecido, encontramos su última palabra sobre muchos de los temas que le fueron particularmente queridos. En los mismos días había concluido su trabajo sobre Leibniz y Hebbes y la revisión de la que será tercera edición, desgraciadamente la última, de la «Teoría della concorrenza e dei beni immateriali», muy ampliada, especialmente con abundantisima jurisprudencia, y de las «Lezioni de diritto commerciale», que publicará en breve su editor, Giuffrè, y de las que tenemos en preparación la traducción española para los «Studia Albornotiana». Desafortunadamente habrá quedado como mero proyecto un volumen de conjunto sobre el derecho de sociedades, una de las materias sobre las que había mostrado bien pronto su predilección y que estaba llamado a ser una apertura fundamental sobre la materia. A él debía seguir otro volumen de su fraternal amigo y colaborador G. Auletta, en materia de quiebra.

Lleno de propósitos y proyectos para el porvenir, rodeado de muchos

de sus discípulos y colaboradores, desde su lecho de muerte había trazado un amplio plan de trabajo que venía acariciando desde hacía mucho tiempo, y sus últimas cuartillas, trazadas bajo la cámara de oxígeno, apenas inteligibles, dictadas por una cabeza que se resistía al descanso, recogieron sus últimas palabras lúcidas sobre el problema de la personalidad de las sociedades mercantiles que tanto le había preocupado. Muchas de sus intuiciones están llamadas a ser desarrolladas por sus numerosos discípulos y colaboradores, otras mil quedarán irremediablemente inertes en su espléndido estudio de vía Lima en que tantas veces le habíamos visto, pleno de vida, rodeado de su magnífica biblioteca, de la que tan orgulloso se mostraba, y ante un desordenado montón de notas que soñaba trazar con una rapidez vertiginosa.

A los veinte años, acabado de doctorar, publica «Il debito di moneta estera e l'art. 39 Ccd. Comm.» al que sigue «La società a responsabilità limitata», ambos aparecidos en la «Rivista di diritto commerciale», 1923 y 1924, que había de acoger tantos de sus trabajos. «Il problema delle facenze» se publica en 1925 en «Archivio giuridico». «La moneta», publicado en 1928, es una monografía llamada a tener amplia resonancia y lo sitúa de golpe entre los primeros especialistas de derecho monetario. Sobre la misma materia volvió en su poderoso volumen «Le obbligazioni pecuniarie», 1959, en el «Comentarii de Scialoja-Branca. «Arbitri ed arbitratori» aparece en la «Riv. dir. proc. civ.», 1929. El importante estudio sobre «Il negozio indiretto», de amplísima repercusión, incluso en la jurisprudencia, fué primeramente leído con prolación en la Universidad de Catania y después incluido en los «Studi in onore di Cesare Vivante». Sus famosos «Appunti di diritto commerciale» aparecieron primeramente en tres volúmenes, siendo refundidos después en sus «Istituzioni di diritto commerciale» (1930). «Il concetto di titolo di crédito» apareció en varios fascículos de la «Riv. dir. comm.» durante el año 1932, y al año siguiente se publican las «Note preliminari sulle intese industriali, cartelli e consorzi», ampliadas y refundidas después, en 1936, en los «Consorzi volontari fra imprenditori». En el «Nuevo Digesto italiano» firma las voces «Assegno», «Cambio», «Titolo di crédito».

En Brasil aparecieron «Lucros extraordinarios e imposto de renda», São Paulo, 1944; «Problemas das sociedades anónimas e direito comparado», São Paulo, 1945; «Panorama do direito comercial», São Paulo, 1947. La «Teoria general dos títulos de crédito», São Paulo, 1943, es una traducción de sus artículos sobre el concepto de título de crédito, y hay también traducción portuguesa, São Paulo, 1952, de su penetrante «Sguardo sul Brasile». Es casi imposible, y aquí sería además inoportuno, intentar una relación completa de sus numerosísimos trabajos aparecidos en muy diversas publicaciones, gran parte de los cuales fueron recopilados en «Saggi giuridici», 1949; «Studi in tema di contratti», «Studi giuridici in tema di moneta», «Studi in tema di società», «Studi in tema di interpretazione e di diritto comparato», todos ellos publicados en 1952 por Giuffrè, editor también a fines de 1953, de los dos volúmenes de «Problemi giuridici», distribuidos después de la muerte de su autor.

Paralelamente, su carrera universitaria, iniciada jovencísimo, a los veintiún años, en que obtuvo por encargo la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Ferrara, que ocupó en propiedad sólo dos años más tarde, en 1926, y después las de Cagliari, Catania, Padova, Bologna en 1935, año en que tuvo que expatriarse a causa de la campaña racial, que le llevó algún tiempo a Londres, después a París, hasta 1940, pasando después, no sin privaciones, a Brasil, en donde la Universidad de San Pablo le ofreció una cátedra y tuvo ocasión de ejercer provechosamente la profesión. Terminada la guerra no dudó en abandonar su importante despacho profesional para reintegrarse a su cátedra bolonesa, en donde tuve el privilegio de contarle entre mis maestros. En 1953 pasó a ocupar la Cátedra de Derecho industrial de la Universidad de Roma, en donde este mismo año había tenido la satisfacción de verse asignada la Cátedra de Derecho mercantil que había sido de su maestro Cesare Vivante y que Asquini había dejado libre por jubilación. El propio Asquini nos ha referido los propósitos que le animaban, todavía ignorante del mal inexorable que lo minaba, para los veinte años de actividad universitaria que presumía tener todavía ante si.

Conoció también la atracción de la política activa; formó parte de los «Amici de il Mondo», tomónglo parte en los diversos importantes congresos promovidos por este grupo y por él de «Il Diritto dell'economia»; socio correspondiente de la Accademia dei Lincei, formaba parte estos últimos años de la Comisión de recursos en materia de patentes, dedicando gran parte de actividad a la redacción de sentencias, y de diversas comisiones, mostrándose especialmente interesado en la problemática de los monopolios, de las sociedades anónimas y de la energía nuclear, participando, además, entre otras muchas, en las tareas del Instituto para la unificación del Derecho privado, en Roma, y del Comité monetario europeo.

Doctor *honoris causa* por las Universidades de San Pablo, Porto Alegre, Río y de Santiago de Chile, debíasele conferir este año también la de la Universidad Libre de Bruselas. Conferenciante en México (1946), en Santiago de Chile (1954), en Luxemburgo (1958) y en Lisboa (1959); en 1960 debía volver a México y visitar Madrid.

Su nombre aparece unido al de las más prestigiosas revistas jurídicas italianas y, sobre todo, al «Foro Italiano», al que le llevó jovencísimo V. Scialoja; a la «Rivista di Diritto comercial», en que encontramos su nombre casi ininterrumpidamente por espacio de treinta y cinco años; a «Banca, Bolsa e Titoli di Credito»; a la «Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura civil», de la que fué uno de sus primeros directores; más recientemente en «Il Diritto dell'economia», y sobre todo, a partir de 1956, a la magnífica «Rivista delle società», creatura suya y que lleva en todos los fascículos la impronta inconfundible de la personalidad de su fundador y director, precioso instrumento de estudio y de difusión de sus sugestivos puntos de vista en este fundamental sector del Derecho de la economía de nuestros tiempos.

Era también uno de los directores científicos de la cuidada «Enciclopedia del Derecho», de la que ya van publicados cuatro volúmenes por la

Importante casa Editorial Giuffrè, de Milán, con la que mantuvo estrechos vínculos de colaboración científica y que publicó la casi totalidad de sus obras.

Entre los proyectos que no ha podido ver realizados figura el de una revista periódica con el título de «Problemi di Diritto comparado», cuyas líneas fundamentales habíamos trazado, juntamente con los colegas Gorla y Sereni, y la puesta en marcha del «Instituto de Derecho privado comparado», en Roma, para el que estaba formando una riquísima y selecta biblioteca.

Discípulo de V. Scialoja, C. Vivante y P. Bonfante en la Facultad de Derecho de su Roma natal, adquirió de sus maestros, que lo tuvieron como discípulo predilecto, su interés por los problemas filosóficos, históricos y económicos, además de puramente jurídicos, que no había de abandonar hasta su muerte, complejados con un profundo conocimiento de ambientes muy diversos y que había de facilitarle una amplia utilización del método comparativo.

El clima en que se desarrollaba la ciencia jurídica italiana, especialmente a partir de la decisiva contribución de Vivante, en él que se insertó su juvenil afán renovador nos ha sido referido por el propio Ascarelli en un estudio póstumo, en el que quiso rendir homenaje al pensamiento y a la obra de F. Carnelutti.

El derecho, producto de una elaboración espontánea y colectiva, fruto de la práctica de los negocios, es considerado como sistematización de las reglas de juego, orientándose la obra del jurista en el sentido de organización y sistematización de normas y enunciación de principios generales en función de la exigencias del desarrollo económico del país en un clima de liberalismo.

En el campo metodológico ello debía traducirse necesariamente en una vuelta a los hechos, expresada en la convicción de que el derecho debería ser el querido por la colectividad y el exigido por el desarrollo del país.

Es el criterio traducido en programa de la importante «Rivista di Diritto commerciale», nacida con el afán de contribuir a la elaboración de un Derecho mercantil nacional, en el cuadro de una colaboración internacional, utilizando las experiencias extranjeras y teniendo en cuenta las «frescas corrientes de la vida», todo ello con el propósito de conquistar principios generales con un «esfuerzo de construcción sistemática fundada sobre la experiencia».

Esta orientación había de llevar necesariamente por un lado al análisis de instituciones y de prácticas ignoradas por el legislador, por otra a una nueva lectura de los textos legislativos, a la vez que la aspiración a la unificación del Derecho privado se traducía constructivamente en la tendencia a una consideración unitaria de los problemas del derecho de las obligaciones.

Y mientras el deseo de adquirir una mayor conciencia del desarrollo del Derecho mercantil, buscando en la intimidad de la historia, el sistema del derecho vigente, llevaba a los «estudios de Historia del Derecho mercantil» el ansia de seguir el desarrollo de la economía y de elaborar un derecho que fuese su instrumento, multiplicaba los estudios sobre los

nuevos fenómenos que la práctica iba poniendo al descubierto. Estamos, inútil es recordarlo, en una atmósfera típicamente «vivantiana», lejana a la postura tradicional exegética de un Supino o un Manara, puesta al servicio de la construcción del derecho más consciente a las necesidades de la nueva economía y de la nueva sociedad, y que debe a sus contactos con la jurisprudencia conceptual alemana, sobre todo en la generación sucesiva, por influjo de Rocco, una mayor riqueza y precisión en el instrumental técnico utilizado.

Es el clima propicio para que empresas de media magnitud vivan y prosperen bajo el imperio de la ley de la oferta y la demanda, que una difusa confianza en la iniciativa privada, considera como la más adecuada para el progreso económico.

La obra de Ascarelli parte de estas premisas vivantianas, pero representa sobre todo un ejemplar esfuerzo de adecuación a una realidad sustancialmente diversa que está conociendo las profundas transformaciones económicas y sociales propias de la transición hacia las formaciones monopolísticas y oligopolísticas, de las potentes concentraciones de poder económico, propias de un capitalismo avanzado, de la creciente utilización de las nuevas y poderosas fuentes de energía, de la más exacta conciencia del alcance político de las soluciones jurídicas. En este sentido, la obra de Ascarelli puede afirmarse es una continuación, a la vez que una superación dentro de la trayectoria vivantiana. O, si se prefiere, la metodología vivantiana sometida al duro banco de prueba de un substrato económico esencialmente evolucionado, casi imprevisiblemente.

Toda la obra de Ascarelli está transida de preocupaciones metodológicas; el rasgo más saliente de su vasta producción, presente hasta en sus últimas páginas, en las que se reafirma su carácter instrumental, rechazando su directa adhesión a la jurisprudencia conceptual o a la de los intereses, y apuntando la necesidad de adquirir conciencia en la solución de los problemas de las valoraciones en que el intérprete se apoya.

Frente al marcado agnosticismo del mundo jurídico de su época, Ascarelli subraya constantemente los presupuestos ideológico-valorativos que condicionan la obra del jurista. Las diversas corrientes metodológicas—jurisprudencia conceptual o jurisprudencia de intereses, para citar las más conocidas—no son contrapuestas con métodos buenos o malos y tanto menos como genéricamente lógicos o equitativos, presentándose como el reflejo natural de diversas orientaciones o de diversas concepciones del Estado y de la sociedad, traducidas en técnicas interpretativas diversas y no en una diversa naturaleza de la interpretación, en cuanto en todas encontramos tanto la aplicación de la lógica como el peso de las valoraciones del intérprete y cuya diversidad está en la diferencia de las valoraciones generales de que derivan.

La postura metodológica de Ascarelli podría calificarse de anticonceptualista y antiformalista, postura que hay que valorar teniendo en cuenta el ambiente muy poco propenso a las innovaciones—con una cierta propensión hacia el método causal y teleológico—. Ascarelli, ya en uno de sus

viejos ensayos, al poner de relieve el contraste entre las tendencias exegéticas o lógico-dogmáticas y las tendencias sociológicas, apuntaba que las construcciones lógico-jurídicas son necesarias e instrumentales, un instrumento jurídico insustituible, al servicio de la continuidad del derecho, de la certeza y de la uniformidad de su aplicación; pero consideraba un error del jurista la identificación de su tarea con la «teoría pura del derecho», poniendo, en cambio, el acento sobre el aspecto funcional de la norma con evidente matiz historicista. Quiere encontrar un criterio válido para los juristas y otro para los filósofos del derecho, pero los puntos de vista exegético-dogmático e histórico-filosófico, aunque no son incompatibles, suponen necesariamente una doble valoración y una doble solución de algunos problemas. Por ello, nos ha hablado del sistema de la «doble verdad», en un ensayo publicado en 1925 y mucho más recientemente recordaba que «non dovremo stare incondizionatamente da nessuna parte, nemmeno da quella che ci illudiano sia la nostra».

La preocupación metodológica está presente, aflora constantemente en su extensa problemática hasta el punto de que en muchísimos casos sus trabajos se nos aparecen más bien como exemplificaciones con casos vivos de la práctica, de su personal postura metodológica: la suya es la experiencia de un jurista que siente la necesidad de superar los estrechos límites dentro de los que tradicionalmente venían moviéndose la doctrina jurídico positiva, agnóstica, lejana de la práctica, como temiendo ver contaminada la pureza de sus construcciones de laboratorio jurídico. Ascarelli prefiere hablarnos de la tensión que siempre se tiende a compenetra entre la regla observada y la norma dictada, entre ésta y las convicciones del intérprete, que él ha reevocado poéticamente en el eterno diálogo de Antígona y Creonte de la tragedia de Sófocles. En el diálogo de la misma evolución del derecho, conflicto que permanentemente se plantea y análogamente se resuelve en el triunfante sacrificio de Antígona—que representa el triunfo revolucionario de una nueva valoración—y con la sutileza interpretativa de Porcia.

El fácil seguir la evolución de esta fundamental preocupación metodológica, evidente a los largo y a lo ancho de su obra, en la que se vuelve como un ritornello sobre los grandes y más vivos problemas de la ciencia jurídica contemporánea, siempre en una posición de vanguardia, de pionero, en recorrido de descubierta de campos ignorados todavía por el legislador; de captador de nuevas problemáticas que su fino instinto le señalaban como destinadas en el futuro a tener consecuencias y desarrollos todavía insospechados para la mayoría. Y de ahí sus esfuerzos para elaborar los instrumentos más aptos para las nuevas realidades, para tratar y explicar científicamente los nuevos fenómenos. Su construcción del negocio indirecto, aplicado sobre todo en el campo de las sociedades, después en otros sectores y sancionado ampliamente por la casación, puede ser un ejemplo del éxito de muchas de sus intuiciones.

Podría hablarse, en suma, de Ascarelli o la preocupación metodológica. Muy recientemente proponía, incluso polémicamente, la utilización de me-

todología y fuentes como elementos básicos para una clasificación de los sistemas jurídicos.

En el campo de la aplicación del derecho, uno de los aspectos más interesante de la obra de Ascarelli es sin duda el que denomina momento de la «reconstrucción tipológica de la realidad», quizás no suficientemente desarrollada e identificada a veces indebidamente como supuesto de hecho, que responde a preocupaciones diversas y, por lo tanto, poco útiles para la inteligencia de la primera. Es un planteamiento que hay que encuadrar dentro de la orientación antiformalista, introducida en Italia, sobre todo por obra de los filósofos del derecho, con ecos de la cultura filosófica anglosajona, de la llamada jurisprudencia sociológica.

La consideración de la realidad económica pasa, en la obra de Ascarelli, a un primer plano. Por demás significativa es su afirmación, que supone sobre todo una determinación de acento, de que es función del jurista más que el estudio de la norma en función de la realidad, un estudio de la realidad en función de la norma. El estudio de los hechos por sí solo no es suficiente en cuanto de éstos no resulta nunca una valoración normativa, pero es indispensable en cuanto la norma jurídica será tanto más eficiente cuanto más fácil sea tal reconstrucción e identificación.

El jurista debe proceder al análisis no sólo lógico-estructural de la definición normativa, sino también al análisis funcional de la institución; esto es, a la función efectiva de la institución en la realidad histórica que Ascarelli, usando un adjetivo de Machiavelli, solía denominar *realidad effettuata*, realidad efectiva. El jurista no debe pararse en el momento normativo, estático o estructural de la institución, debiendo acompañarla también en su trayectoria histórico-sociológica, analizando la función que la institución cumple en la realidad de los hechos en un momento histórico concreto, en cada *circunstancia* que le haya tocado vivir y que puede ser diversa (por muchos motivos) de la que el legislador había podido imaginar.

Es una idea fundamental en la obra de Ascarelli la de que no es posible comprender una institución jurídica sin darse cuenta de la función que está destinada a cumplir, ni valorarla críticamente sin captar la función efectivamente realizada. Y un exacto conocimiento de la realidad efectiva no puede derivar solamente de la jurisprudencia, que ofrece un cuadro deformado de la misma, en cuanto no ofrece ningún indicio ni de su frecuencia ni de su funcionamiento fisiológico y, sobre todo, porque las instituciones debidas a la transformación de nuestra economía no tienen un reflejo en la jurisprudencia en cuanto dan lugar a un índice de litigiosidad bajísimo, que ha marchado en razón inversa del proceso de industrialización, como ha sido ilustrado por el propio Ascarelli con interesantes datos estadísticos. Se hacen transigibles cuestiones de interés y cesan de ser intransigibles cuestiones de prestigio, y por ello el examen exclusivo de la jurisprudencia no puede dar un cuadro de la realidad de la vida jurídica del país, a menos que nos contentemos con un cuadro incompleto y deformado.

No es el momento, todavía, y deberá probablemente pasar mucho tiempo, para que podamos hacer un balance de una gran obra que seguirá ciertamente polarizando el interés, sobre todo de las jóvenes generaciones a las que tan próximo vivió. Queden estas breves páginas tan sólo como testimonio de nuestra devoción y de nuestro conmovido recuerdo hacia quien, siendo maestro, supo también ser amiga.

EVELIO VERDERA



## III. NOTAS CRÍTICAS

### Explotación y empresa

#### I

El tema de la explotación agrícola lo inicia, en la doctrina francesa, el profesor Michel de Juglart, con su fundamental obra *L'exploitation agricole*, primer tomo de su «Droit Rural», verdadero hito en la evolución del Derecho agrario francés, que realizó, gracias al entonces profesor de Burdeos—ahora de París—, su toma de conciencia. Un fenómeno intenso y apasionante como el agrario no podía pasar desapercibido para una sensibilidad tan extraordinaria como la de los franceses, que, inmediatamente, sin tener que seguir para ello las modas italianas ni las de ningún otro país, sino desenvolviendo sus propios principios, pasaron a ocuparse de la evolución que la segunda guerra mundial había provocado en su agricultura. Cierto que ésta no presentaba el grave problema de la distribución de la tierra, uno de los factores impulsivos de la nueva legislación pero, a pesar de todo, la rectificación de las ideas liberales, dirigida principalmente a conservar las unidades económicas y a estabilizar los arrendamientos, determinó en el país vecino, el interés de los autores, incluidos los más clásicos y respetados profesores de Derecho civil, por las nuevas tendencias y por las nuevas leyes que se dictaron en tal sentido; civilistas como Voirin, Savatier, Ripert y, sobre todo, De Juglart y Ourliac crearon un auténtico derecho agrario francés, menos sutilizado que el italiano, pero bien asentado sobre los textos legales y la jurisprudencia, no menos que sobre conceptos tradicionales.

En esta línea puede situarse la obra que vamos a comentar, debida a un discípulo del profesor De Juglart (1). Significa un replanteamiento del tema central de la explotación agrícola, arrancando para ello de una bellísima idea expresada por ese poeta del espíritu que es Saint Exupery: «y yo conozco esas razas envilecidas que no escriben sus poemas, sino que los leen, que no cultivan su suelo, sino se apoyan en esclavos. Es contra ellas que las arenas del Sur preparan eternamente en su miseria creadora las tribus vivientes que ascenderán a la conquista de sus provisiones muertas...» «no es sobre la protección de los bienes poseídos y de «las provisiones hechas», sino sobre el «fervor del trabajo» mediante el cual «se cambia» en «el objeto creado donde se apoyan la fuerza y el valor de una sociedad justa que quiere escapar a la decadencia».

(1) *L'exploitation, l'exploitant dans la loi et la jurisprudence contemporaines*. Obra premiada por la Facultad de Derecho de París. Prefacio por el Prof. Michel de Juglart. Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire. Burdeos. 1957; un volumen de 335 páginas.

Hay muchos en España y fuera de ella que no han comprendido todavía el mensaje del nuevo Derecho agrario de la empresa que trae consigo un nuevo humanismo, una revalorización del trabajo creador y productivo, por encima de la inercia de aquélla que Savatier ha llamado «la vieille forme acquise». La obra de Delmas Saint-Hilaire, en cuanto que pasa de la concepción de la explotación como bien patrimonial—característica, por ejemplo, de De Juglart—a su consideración como actividad representa un progreso de técnica jurídica por un lado y, por otro, de visión humanista del derecho agrario y es que, como ha dicho en Italia De Martino, las teorías sobre la explotación han ido refinándose cada vez más, pasando de la idea de cosa a la de bien espiritual.

## II

El plan que Delmas Saint-Hilaire sigue en su obra es el de dividirla en dos partes, dedicada la primera a lo que pudieramos llamar crítica de la concepción tradicional de la explotación como bien patrimonial, dentro del derecho de cosas, un bien que se caracterizaría por su fragilidad sustancial y por su complejidad. Precisamente, el deseo de proteger la sustancia de la explotación en el patrimonio del propietario—sobre todo, en la hipótesis de estar arrendada—explicaría la toma en consideración de la figura por el derecho moderno, como reacción contra el sistema del Código civil en el que no se encuentra más clasificación de bienes que la de rústicos y urbanos a propósito del arrendamiento, sobre la base románistica de que lo urbano es un local, mientras que lo rústico es un bien productivo, rentable.

Es Voirin uno de los primeros en tratar de superar este criterio del carácter fructífero de los bienes, para apoyarse en la circunstancia de que sean o no «explotaciones»; al inquilino, al arrendatario no se le exige más que el pago puntual de la renta siéndole indiferente su actividad profesional o su moralidad, mientras que la cosa cambia tratándose del arrendatario rústico ya que una finca mal cultivada o inculta perdería gran parte de su valor.

Esta crítica y este nuevo criterio de Voirin habrían tenido según el autor un éxito considerable, pero Delmas advierte que también otros bienes presentan aquella fragilidad sustancial que Voirin creyó exclusiva del fondo; así le ocurre al local de negocio (*fond de commerce*).

En definitiva, va surgiendo en derecho moderno la idea de que hay un arrendamiento de explotación que exige normas especiales, puesto que se trata de imponer «la obligación de mantener el valor del bien arrendado», teniendo en cuenta que el arrendatario es en estos casos un verdadero jefe de empresa que ha de planear el futuro de ésta, por lo cual resulta imprescindible la garantía de una cierta duración del arrendamiento.

Sin embargo, Delmas considera que la legislación francesa desconoce en realidad esa categoría que él llama «arrendamiento de explotación», como lo demuestra un estudio que hace, bastante interesante, de las relaciones entre la «propiedad comercial» y la «propiedad del cultivo» (proprie-

te culturale) destacando cómo un diferencia fundamental resulta del «*intuitus personae*» que actúa en materia de arrendamientos rústicos, prohibiéndose las cesiones y subarriendos, a diferencia de cuanto sucede en materia de locales de negocio, donde, si bien está prohibido el subarriendo, subsiste, en cambio, el derecho de traspaso; «el estatuto de arrendamientos rústico, de inspiración socialista, ha querido evitar que la multiplicación de las cesiones y subarriendos introdujese el espíritu capitalista de especulación cuyo abuso, desde hace mucho tiempo, ha sido denunciado en materia mercantil en los dominios de los contratos agrarios».

Propugna, pues, que se regule el arrendamiento de explotación como un contrato autónomo sobre la base de considerar a aquélla como un bien que se distingue de los demás a causa de su fragilidad sustancial no menor que de su complejidad.

Esta postura de Delmas lo lleva lógicamente a analizar la naturaleza de la explotación agrícola volviendo a plantear la *rexuta cuestio* de la unidad o de la pluralidad en que se resuelve jurídicamente hablando aquella noción, citando como contrapuestas la postura italiana y española que prescinde más bien de la teoría de la universalidad, para asirse a la de accesoriedad, según yo mismo lo he sostenido en mi artículo de la Rivista di Diritto agrario (*L'azienda agraria come universalità ; mezzi per conservare l'unità*, 1954, pág. 193) y la francesa que utiliza como por ejemplo lo hace De Juglart la noción de universalidad de hecho; pero Delmas, después de un estudio de Derecho positivo y de jurisprudencia, acaba por reconocer que la noción de explotación continúa siendo una noción «*chuidiza y mal circunscrita*» (pág. 113), por lo que procede pensar si no estamos ante una insuficiencia del Derecho tradicional, debiendo buscar la raíz del fenómeno que nos preocupa con una perspectiva no puramente jurídica, sino «económica y social».

Estudiando la noción económica de empresa y de explotación es donde Delmas pone de relieve su exquisita sensibilidad como jurista que no pierde de vista los aspectos técnicos de los problemas. Se refiere a la interesantísima postura de la Ordenanza francesa de 1946 de arrendamientos y aparecerás que no se aplica a las simples parcelas sino a aquéllas que constituyen un «*corp de ferme*», es decir, a las explotaciones, con lo cual, y debido a particularidades específicas del país vecino, se sitúa ese derecho en un estadio más avanzado que el nuestro, donde todo arrendamiento está sometido a la legislación especial, si bien sea preciso reconocer que el concepto de explotación juega en nuestra regulación un importante papel (Cfr. por ejemplo, el art. 2.<sup>º</sup> cuando define la finca rústica).

El «humanismo» que respira la concepción de Delmas Saint-Hilaire vuelve a reaparecer cuando afirma que «la explotación agrícola, componente elemental y necesario del orden económico del país, no puede considerarse, y ya lo hemos visto, como una simple estructura material; no es posible hacer abstracción de la existencia del grupo humano, de la familia campesina que le da valor: su definición no puede expresarse en una fórmula que no se refiera más que a datos objetivos y materiales» (página 123).

De todos modos, jurídicamente hablando, Delmas-Saint-Hilaire viene a reconocer que es preciso un cierto objetivismo para proteger la «unidad económica» representada por la explotación.

## III

El título segundo de la obra estudia lo que él llama «la noción patrimonial de explotación condicionada por una desmembración del dominio», planteando a fondo la cuestión de si estas nuevas leyes de arrendamientos que tantos derechos han concedido a los colonos a expensas del propietario, no han venido en realidad a resucitar de un modo u otro la clásica dicotomía dominio directo-dominio útil, tan desarrollada en otras épocas; parece, ciertamente, que a fuerza de proteger a los cultivadores se les ha venido a reconocer un verdadero *ius in re* del todo semejante al dominio de los antiguos enfiteutas. La apreciación de este fenómeno es universal. Citaré, por ejemplo, en Italia, a Basanelli en su fundamental estudio sobre la estructura y las funciones de los contratos agrarios (*Aportación al Tercer Congreso Nacional de Derecho agrario italiano*, «Attis», Milán, 1954, pág. 792): «No se va hacia la abolición de la propiedad, de la tierra, sino hacia la desintegración de la propiedad, hacia el nacimiento de derechos nuevos y diversos en concurrencia con la propiedad casi nominal del concedente», con lo que el autor citado confiesa seguir las orientaciones de Enrico Finzi en su famosa ponencia dirigida al Primer Congreso Nacional Italiano de Derecho Agrario. En España ha sido Noguera el que con más agudeza y profundidad ha estudiado la cuestión de las relaciones entre las leyes vigentes de arrendamientos y los esquemas históricos e institucionales de la enfiteusis (en su conocido trabajo *De la enfiteusis a la enfiteusis*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, 1950).

Delmas-Saint Hilaire estudia el tema con bastante detenimiento, ocupándose, ante todo, de la tesis que establece una «simetría real» entre el binomio dominio directo-dominio útil y el de propiedad de la tierra-propiedad de la explotación, teniendo el mérito, además, de analizarlo históricamente, sentando la base de que los antiguos autores, como Loyseau, consideraban que «en Francia todo arrendamiento que se hace por más de nueve años transfiere el dominio útil», lo que representaba enormes ventajas. Al menos, todo el mundo sabía así a qué atenerse en cuanto a la naturaleza del derecho arrendatario, según los casos, mientras que en el derecho moderno todavía no se ha podido llegar a un acuerdo en este punto, de donde se siguen innumerables problemas que tienen siempre una solución dudosa.

Estudia después la tesis contraria o de la «disimetría», que según él es la que deba estimarse más acertada, ya que el dominio útil era objeto de una protección «real», mientras que la propiedad de la explotación o si se quiere del derecho arrendatario sólo goza de una protección «personal».

Delmas agota el tema, refiriéndose a su aspecto «profético», es decir, a la tesis según la cual el derecho del arrendatario ha de sufrir la misma evolución que el dominio útil, vaciando cada vez más de sustancia al dominio directo en su provecho.

## I V

Llega así a la segunda parte que inicia con un capítulo sobre «La explotación contemplada como actividad» substitulado «Fundamento nuevo de una noción jurídica».

Desde luego, que ésta es la más interesante y la que cierra la verdadera aportación del autor. Ha llegado a percibir que en la legislación y en la jurisprudencia se protege la explotación no porque sea un bien patrimonial, un nuevo objeto de derecho, sino más bien por ser actividad y además «actividad creadora de valores»; en su consecuencia, nos encontramos ante una nueva noción jurídica que está por construir en el Derecho francés esta noción de explotación como actividad.

Para contribuir a esa noble tarea, Delmas-Saint Hilaire hace un análisis de la noción, estudiando la explotación como manifestación de la vida profesional, comparando los términos «explotación» y derecho o «facultad de goce», subraya la importancia del factor tiempo en la explotación por exigencias de toda idea organizatoria que supone repetición de esos actos técnicos que lleva consigo el trabajo de dirección y de ejecución necesario para la puesta en marcha del bien en cuestión; analiza, incluso las aptitudes que la explotación requiere en su autor, intelectuales y físicas por un lado y, por otro, la posesión de un patrimonio dotado de ciertas características de extensión y de contenido.

La explotación es, asimismo, manifestación de la vida privada y familiar, siendo característica la participación familiar en ella; de este modo la explotación viene a recibir su dimensión de las necesidades y de las aptitudes de la familia como grupo, de lo que se encuentran abundantes pruebas en las leyes y en la jurisprudencia.

Para completar el análisis estudia luego un tema de enorme interés, el de las relaciones entre los conceptos de explotación y de persona jurídica, subrayando la contradicción existente entre el derecho de la explotación y de las personas jurídicas, ya que la actividad de éstas no puede nunca revestir las características señaladas para el concepto de explotación (señalaré, a este respecto, que nuestra Ley de Explotaciones agrarias ejemplares rechaza que pueda ser el empresario persona jurídica).

Y, finalmente, en el título segundo, plantea el gran problema: la autonomía de la noción jurídica de explotación, apoyándose en la definición de ésta, desde un punto de vista jurídico, como «una actividad que supone, por una parte, el ejercicio de un derecho de goce y, por otra, la realización de cierto trabajo» y comparándola con la noción de «empresa». De acuerdo con su método, el autor somete a un profundo análisis la cuestión para ver si «explotación» y «goce» a título de derecho personal se confunden, o bien se encuentra la identidad con el «goce» de un derecho real para concluir que «el goce sobre que se funda la noción jurídica de explotación es, pues, profundamente original: goce necesariamente activo y que se manifiesta por el trabajo, se separa del goce pasivo y de la protección del capital; pero después de esto se pregunta Delmas-Saint Hilaire si no vendrá a perder su autonomía la explotación frente a una noción nueva y perteneciente al porvenir como es la de empresa.

Para responder estudia lo que debe entenderse por empresa, y aquí olvida toda la doctrina italiana y aun española sobre el particular que a buen seguro le habrían ayudado a ver claro en este terreno verdaderamente borroso, por lo que tiene de amanecer. Lástima que un libro tan agudo como éste no haya agotado el tema en el plano de, por lo menos, la doctrina latina. No es ciertamente cosa nueva acusar a los autores franceses de este olvido, pero tratándose de la empresa ello es más grave. Sólo así puede explicarse que el autor de esta tesis la haya visto desde el án gulo casi exclusivo del Derecho del Trabajo, pasándole inadvertido que los autores italianos y—lo que es más notable—el Nuevo Código definen a la empresa como «actividad» que es justamente como él define la «explotación». De este modo nos cabe la sospecha de si todo el esfuerzo de Delmas-Saint Hilaire va orientado a introducir en el Derecho francés la noción de empresa llamándola explotación..., lo cual no impide ciertamente que la obra presente esta «actividad» desde un punto de vista muy original, completamente aparte de los modelos italianos y, en cierto modo, con más espíritu progresivo.

Pudo Delmas haber visto que la «empresa» es algo con variedad de perfiles; por una parte, el subjetivo de la «actividad» destacado por él en la obra y, por otra, el objetivo o patrimonial de la «explotación», que no puede desligarse de aquél, porque ciertamente, para proteger la actividad creadora hay que proteger el resultado objetivo de la creación que es la «hacienda» y «explotación» en la que se plasma y materializa gran parte del trabajo organizador del empresario; no puede, pues, contraponerse un derecho de la explotación o una noción de ésta al derecho o noción de la empresa, porque ambas nociones se han desarrollado, y seguirán desarrollándose forzosamente, de modo paralelo.

Cuando él habla de que no puede definirse la explotación prestando de lo familiar y lo profesional, está aludiendo al aspecto institucional de la empresa, que es el que yo he utilizado como base de mi definición del derecho agrario y como justificación de sus normas. Para mí la empresa, sin ser una noción jurídica como tampoco lo es estrictamente la familia, inspira todo el derecho agrario, porque se orienta a protegerla, fomentando su creación y su perfeccionamiento continuo. Que estas normas en el terreno de lo jurídico hayan creado o vayan a crear nociones técnicamente nuevas, como ese «goce-activo», seguramente es cierto, y el principal mérito de la obra de Delmas-Saint Hilaire sea el de destacarlo así, tratando de averiguar, por ejemplo, qué es el derecho del arrendatario, derecho personal, derecho real o un derecho nuevo que está por definir y construir sobre el solar que nos ofrece la crítica demoledora de aquella clásica distinción.

Todavía hoy seguimos perplejos y divididos a propósito de la naturaleza que debemos asignar a estos nuevos derechos arrendatarios. Unos hablan de derecho personal, otros de derecho real, otros los ven como derechos con vocación de «realidad» que la adquieren por la inscripción en el Registro o bien como una relación jurídica que engendra «derechos reales», como el de retracto, el de acceso, el de prórroga...

Tenemos ante nuestra vista un fenómeno original, algo nuevo, como repite Delmas-Saint Hilaire. ¿Lo podemos tratar los juristas con los esquemas clásicos o hay que crear nuevas nociones conceptuales para seguir los pasos reformistas del legislador? Esta es la cuestión. El, en suma, la deja también en interrogante, pero advierte que si fracasa esta nueva noción de «explotación» en su intento de adquirir carta de naturaleza jurídica «debemos constatar el fracaso lamentable de una tentativa hecha en nuestro Derecho para desarrollar en reacción contra las tendencias materialistas que se manifiestan actualmente, un movimiento dentro del que podrían progresar las libertades individuales, porque la explotación funda la independencia; legítima todavía, por medio de éste, la propiedad amenazada».

No es ahora el momento para que yo me atreva a contestar al interrogante de Delmas. Pero tal vez pueda observar que el Derecho agrario moderno innova menos de lo que a primera vista parece; constantemente utiliza para sus fines viejos e inagotables recursos de técnica jurídica. ¿No es viejo el retracto? ¿No lo es el derecho de restringir al que equivale el de acceso a la propiedad que es la última palabra de nuestra legislación arrendaticia? La conversión del aparcerio en arrendatario ¿no encaja en la teoría de la conversión del negocio jurídico ineficaz? En cuanto a lo de fundar la protección del arrendatario y aun la del mismo propietario en el hecho del cultivo ya estaba ello en nuestras leyes de Carlos III, que introdujeron el concepto de cultivador directo, y en la vieja enfiteusis que imponía la obligación de mejorar. Conviene, pues, meditar. Lo que sí ha ocurrido ciertamente es que ha cambiado el espíritu. Mientras que Napoleón confiaba en el derecho administrativo para obligar a los propietarios a cultivar, ahora estas tendencias han pasado al seno mismo del derecho privado. Mientras que en otras épocas la expropiación era el único medio de distribuir la tierra entre los desheredados, ahora se prevén cauces de puro derecho privado, como lo es el retracto o el acceso para tal fin. De ahí que pueda decirse que para el Derecho privado agrario los fines han cambiado o, mejor, que han sido nuevos fines los que le han hecho nacer: una fiebre de productividad, una ansia de mayor justicia social. Pero, si bien se mira, en el arsenal riquísimo del derecho privado encontramos casi todos los materiales precisos para construir el nuevo edificio que la hora presente reclama. De este modo el derecho agrario, según lo he dicho mil veces, no viene a destruir ni a negar el derecho civil, sino a darle nuevas direcciones e impulsos constructivos. Y nuestro error tal vez estriba en una manía clasificadora y conceptualista que nos lleva forzosamente a incluir el derecho de los arrendatarios en uno u otro grupo, cuando más bien que de «derechos» hay que hablar de contrato o de relación o de situación con pluralidad de derechos y de obligaciones dimanadas de la misma que son regulados en pro de los fines de protección de las empresas productivas.

Con esta crítica, que modestísima me he atrevido a hacer a la espléndida monografía de Delmas-Saint Hilaire, no quisiera yo empañar el cristal de sus méritos, que son indiscutibles; sobre todo tiene uno, rela-

lísimo, el de destacar desde su primera página, para repetirlo en la última, que un nuevo humanismo se abre paso en las leyes y debe seguir su camino hacia adelante, revalorizando el «fervor del trabajo» por encima de «las provisiones muertas» como quería que sucediese el gran poeta que por esos ideales llegó a dar su vida, generosamente.

ALBERTO BALLARIN  
*Notario.*

# INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE

## DERECHO CIVIL

**LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD POR RAZONES URBANÍSTICAS:** Se establece y regula un sistema de liberación de expropiaciones en los expedientes promovidos por razones urbanísticas (Vivienda. Decreto de 26 de noviembre de 1959; B. O. de 2 de diciembre).

El presente Decreto viene a articular una fórmula sustitutiva de la expropiación forzosa para los casos en que el particular afectado por un expediente de tal carácter ofrezca voluntariamente «la colaboración que su propiedad representa al fin social y público que el urbanismo persigue, sometiéndose a las normas generales del plan señalado en el polígono» (L. de M.). A tal efecto, se regula el denominado «beneficio de la liberación de expropiación», de acuerdo con las siguientes normas:

**A) AMBITO DE APLICACIÓN DEL PRESENTE DECRETO :**

a) *Material.*—Será aplicable a las expropiaciones realizadas por cualquier órgano urbanístico en ejecución de la Ley del Suelo (Disposición adicional).

b) *Temporal.*—Se extiende a los expedientes de expropiación que se hallen en tramitación, siempre que el interesado no haya percibido el precio. La concesión del beneficio deberá solicitarse en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de publicación de este Decreto, siendo discrecional para la Administración acceder o no a la petición (Disposición transitoria).

**B) REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DEL BENEFICIO :**

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

1.<sup>º</sup> Sometimiento al Plan Parcial de Ordenación del Polígono.

2.<sup>º</sup> Aceptación expresa de la reparcelación que la Dirección General estudie y acuerde como consecuencia de la petición del afectado.

3.<sup>º</sup> Aceptación de las servidumbres de edificación y de ordenación urbana establecidas en el Plan parcial.

4.<sup>º</sup> Aceptación del precio de expropiación señalado por la Administración.

5.<sup>º</sup> Aportación al pago del coste de urbanización que les corresponde y que señale en su día la Dirección General de Urbanismo, en los plazos y porcentajes que se determinan en el artículo 2.<sup>º</sup> del Decreto.

6.<sup>º</sup> Iniciación de la edificación en el plazo máximo de un año, a contar

desde la fecha de aceptación del compromiso de las condiciones que en este Decreto se establecen, siempre que el número de viviendas a edificar no sea superior a cien, o con arreglo al plan de etapas de ejecución aprobado por la Comisión Central de Urbanismo, en el caso de que el número de viviendas exceda de cien (artículo 1.º).

**C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIERA DE LAS CONDICIONES EXPRESADAS:**

El incumplimiento de cualquiera de aquellas condiciones, a juicio de la Dirección General de Urbanismo, determinará, previa declaración de la misma, los siguientes efectos:

1.º Pérdida del 25 por 100 del importe del primer plazo entregado para el pago del coste de urbanización.

2.º Adquisición por el Ministerio de la Vivienda del terreno en cuestión por el precio aceptado por el interesado conforme al número 4 del artículo 1.º, con ocupación y toma de posesión inmediatas de la parcela o parcelas por la Dirección General de Urbanismo, que se formalizará por acta firmada por el representante del Ministerio Fiscal en nombre del particular cuando éste no concurriese o se negase a firmar (artículo 3.º).

**D) REQUISITOS ESPECIALES PARA LA ENAJENACIÓN DE LOS TERRENOS AFECTADOS POR EL RÉGIMEN DE LIBERACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN:**

El particular afectado podrá proceder a la venta de los terrenos de su propiedad o de los que correspondan como resultado de la parcelación que se practique siempre que:

a) La Comisión Central de Urbanismo apruebe previamente la enajenación.

b) El comprador se subrogue en la obligación de cumplir todas y cada una de las condiciones establecidas en el presente Decreto, lo que consignará expresamente en la escritura de compra y en la inscripción registral (artículo 4.º).

**E) PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL BENEFICIO DE LA LIBERACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN:**

Deberá ser solicitado por el interesado mediante escrito razonado dirigido a la Dirección General de Urbanismo, a través de la correspondiente Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda, que lo elevará con el informe que proceda, a la Dirección General, y ésta elevará propuesta al Ministro de la Vivienda para que éste decida discrecionalmente sobre la concesión o no del beneficio.

#### OTRAS DISPOSICIONES

1. MODIFICACIONES TRIBUTARIAS: *Se introducen determinadas modificaciones en el sistema tributario.* (Ley de 23 de diciembre de 1959; B. O. del 28 de diciembre).

Los principales puntos a que afecta la presente Ley que, según su exposición de motivos, no está impulsada por «afanes recaudatorios», sino por el

cumplimiento de imperativos técnicos», como son «el dotar de agilidad a la estructura de nuestros impuestos y lograr en su aplicación la mayor comodidad o economía que sea posible» son los siguientes:

1.<sup>o</sup> *Impuestos sobre los Rendimientos del Trabajo Personal.*—Se amplian los límites de las exenciones y reducciones de que gozan los titulares de familias numerosas en relación con este tributo (artículos 2.<sup>o</sup> a 4.<sup>o</sup>).

2.<sup>o</sup> *Impuesto sobre las Rentas del Capital.*—Se extiende la exención establecida en la regla 1.<sup>a</sup> del epígrafe 3.<sup>o</sup> de este Impuesto a los intereses de las operaciones de préstamo, crédito o anticipo, tanto activas como pasivas que realice el Instituto Nacional de Industria con Sociedades en las que tenga participación mayoritaria de capital (artículo 5.<sup>o</sup>).

3.<sup>o</sup> *Impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales.*—Se prorroga hasta 31 de diciembre de 1960, el plazo para que se publiquen las nuevas tarifas de la cuota de licencia del Impuesto Industrial (artículo 6.<sup>o</sup>).

4.<sup>o</sup> *Timbre del Estado.*—Se introducen modificaciones relativas a la base de reintegro de documentos comprensivos de actos o contratos de distinta naturaleza jurídica fijando como tal la suma de las bases de los diferentes conceptos impositivos contenidos en aquéllos, siempre que los referidos conceptos estén gravados con timbre gradual con sujeción a un mismo número de la Tarifa, modificándose igualmente las normas sobre reintegro de vendés, nóminas y recibos de retribuciones de funcionarios, nombramientos o títulos de empleados, licencias y autorizaciones administrativas, etc. (artículos 7.<sup>o</sup> a 14).

5.<sup>o</sup> *Impuestos sobre el Gasto y el Lujo.*—Se incluyen normas sobre el Impuesto que grava la sal común y el «Impuesto de Lujo sobre la tenencia y disfrute de automóviles» (artículos 15 y 16).

6.<sup>o</sup> *Régimen de las exenciones tributarias.*—«La aplicación de las exenciones tributarias será de la competencia exclusiva del Ministerio de Hacienda, que estará, asimismo, facultado para investigar los hechos que condicionen el derecho a la exención. Los funcionarios de la Hacienda pública sólo aplicarán las exenciones tributarias que hayan sido concedidas por Ley» (artículos 17 y 18).

7.<sup>o</sup> *Disposiciones generales.*—Bajo este epígrafe se incluyen normas acerca de recursos contra fijación de bases impositivas (artículo 19) y se conceden, en fin, autorizaciones al Gobierno (artículo 20) y al Ministro de Hacienda (artículo 21) para dictar determinadas medidas fiscales, algunas de ellas en el sentido de suprimir y reducir ciertos tributos.

2. **TIMBRE DEL ESTADO: NUEVO TEXTO REFUNDIDO: Se aprueba el Texto refundido de la Ley y Tarifas de Timbre del Estado.** (Hacienda. Decreto de 3 de marzo de 1959; B. O. de 12 de marzo).

Se aprueba el presente Texto, refundido al amparo y en ejecución del artículo 21, apartado b) y c) de la Ley de modificaciones tributarias de 23 de diciembre de 1959, con el fin de incorporar al texto anterior (de 14 de abril de 1955) las modificaciones introducidas en el mismo con posterioridad a su publicación y las que resultan de la Ley más arriba anotada, entre las que figuran la integración en el Timbre del Estado del impuesto sobre rifas y

tómbolas, así como la autorización para revisar, sin elevación de tipos tributarios, la segunda Tarifa especial relativa a los documentos de Aduanas.

**3. PROCEDIMIENTO PARA LAS RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS:**  
**NUEVO REGLAMENTO:** *Se aprueba el nuevo Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas.* (Presidencia del Gobierno. Decreto de 26 de noviembre de 1959; *B. O.* de 1 de diciembre.)

La disposición final, 3.<sup>a</sup> de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, estableció que por la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de Hacienda se redactaría y propondría a la aprobación del Consejo de Ministros un nuevo Reglamento de las Reclamaciones económico-administrativas, ajustado a las prescripciones de la citada Ley, sin perjuicio de las especialidades exigidas por la peculiaridad de la materia. De acuerdo con tales directrices se ha redactado el presente texto que sigue, en lo fundamental, la sistemática de la Ley de Procedimiento Administrativo, dibuido en un título preliminar y otros seis títulos, divididos, a su vez, en capítulos. Las modificaciones que el nuevo Reglamento contiene, respecto al anterior, de 29 de julio de 1924 (al cual deroga, «en cuanto se refiere al conocimiento, tramitación y resolución de las reclamaciones económico-administrativas (1)»), son de considerable importancia en numerosos aspectos (por ejemplo, en lo relativo a competencia de los órganos de la jurisdicción, legitimación, intervención de Letrado, facultad de los órganos competentes para declarar nulidades de pleno derecho, posibilidad de acordar la suspensión del acto reclamado, procedimiento en única o primera instancia, implantación de un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio que podrán interponer los Directores generales del Ministerio de Hacienda en las materias de su competencia, etc.).

**4. SEGUROS SOCIALES: SUBSIDIO DE PARO:** *Se planta un subsidio de paro para los casos de suspensión, reducción o cese de plantillas por dificultades económicas de las Empresas.* (Trabajo. Decreto de 26 de noviembre de 1959; *B. O.* del 28 de noviembre y Orden para la aplicación de aquel Decreto de 11 de diciembre de 1959 (3); *B. O.* de 16 de diciembre.)

#### A. EXPOSICIÓN.

a) *Extensión del subsidio de paro.*—Con arreglo al artículo 1.<sup>a</sup> del presente Decreto, cuando la autorización concedida a una Empresa para reducir, suspender o cesar actividades, con arreglo al Decreto de 26 de enero de 1944, se base en dificultades de orden económico, se asignará a los trabajadores

(1) Comp. disposición final 2.<sup>a</sup>, de cuya redacción se desprende *a sensu contrario*, la vigencia del Reglamento de 1924, en materias que no tengan el carácter estricto de reclamaciones económico-administrativas (lo relativo al recurso previo de reposición, que regulaba el artículo 5.<sup>a</sup> de aquel Reglamento).

(2) Puede verse una exposición sobre el procedimiento económico-administrativo, con los correspondientes comentarios y citas en la reciente obra de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1960, págs. 197 a 241.

(3) Modificada en parte por la Orden de 5 de marzo de 1960 (*B. O.* de 11 de marzo).

afectados—siempre que sean fijos o de plantilla y se hallaren afiliados a los Seguros Sociales unificados con seis meses como mínimo de antigüedad—un subsidio de paro, cuyo importe será del 75 por 100 del salario base para cotización de dichos seguros, incrementado en el mismo porcentaje del plus familiar, calculado por los promedios correspondientes al año inmediatamente anterior a la fecha de su cese en el trabajo y en el importe de la referida cotización de seguridad social. El subsidio se percibirá en tanto dure la suspensión o el cese hasta el plazo máximo de seis meses, contado desde el día en que quedó firmada la autorización de despido. Dicho plazo será de un año cuando por dificultades especiales de encontrar nueva colocación a los trabajadores así lo proponga la Dirección General de Empleo y lo acuerde el Ministerio de Trabajo.

b) *Financiación*.—Para atender al Subsidio a que se refiere el artículo anterior se elevará la cuota de los Seguros Sociales unificados que satisfacen los empresarios en un medio por ciento de la base impositiva (artículo 2.º).

c) *Administración*.—La administración del subsidio de paro se llevará por el Instituto Nacional de Previsión, utilizando los servicios ya establecidos para el paro tecnológico (artículo 4.º).

d) *Pérdida del subsidio*.—La percepción del subsidio de paro es incompatible con todo trabajo retribuido por cuenta ajena o propia y se pierde igualmente por renuncia del subsidiado a una colocación debidamente ofrecida y en consonancia con su clasificación profesional (artículo 7.º).

B. **OBSERVACIONES:** El presente Decreto tiene sus precedentes en los de 26 de enero de 1944 —que regulaba despidos por causas justificadas, pero inimputables al trabajador—, y el de 16 de junio de 1954—que estableció un subsidio de paro tecnológico cuando los ceses se produjeran por determinadas mejoras de la productividad—. Con arreglo al primero de dichos Decretos, se compensaba al trabajador despedido con una indemnización que, dentro de ciertos límites, señalaba la Magistratura de Trabajo; conforme al Decreto de 1954, se concedía al trabajador despedido, en casos de paro tecnológico, un subsidio temporal. En el sistema que ahora se implanta se sigue un criterio de mayor aptitud y uniformidad, tanto por lo que se refiere a la extensión de los beneficios del subsidio como en lo que afecta a la financiación del mismo, suprimiendo el sistema de indemnizaciones del Decreto de 1944 que, como señala el Preámbulo de la disposición que se anota, en los casos de dificultades económicas de la Empresa podían resultar inoperantes para el trabajador y, en cambio, acelerar o decidir la muerte del negocio.

5. **SEGUROS SOCIALES: SUBSIDIO DE PARO:** *Se extiende el Subsidio de paro por dificultades económicas ó reformas de carácter tecnológico, a que se refiere la anterior disposición, a los casos de reducción bien en el horario o en el número de días trabajados normalmente.* (Decreto de 3 de marzo de 1960; Boletín Oficial de 7 de marzo y Orden Ministerial para desarrollo de aquél de 9 de marzo de 1960; B. O. de 16 de marzo.)

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**ASCARELLI**, «Obbligazioni pecuniarie (arts. 1.277-1.284). Commentario del Código civil a cargo de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma, 1959. Ed. Nicola Zanichelli y Soc. ed. del Foro italiano. Un volumen de XXXIV + 618 págs.

Dar cuenta de la aparición de una obra de la envergadura de este tratado de las obligaciones pecuniarias en el Derecho italiano del profesor ASCARELLI supone una gran alegría y una gran pena a la vez. Faltaba en la literatura jurídica latina la gran obra que pusiese al día y estudiase conjuntamente los fenómenos más recientes que la problemática monetaria ha planteado en esta primera mitad del siglo, como consecuencia de los conflictos bélicos mundiales, el tener ya esta obra con nosotros, el poder meditar a través de sus copiosas y densas páginas, supone el goce intelectual mayor que tan egregio profesor pudo darnos. Pero la gran pena y tristeza es que a la hora de ver la luz pública esta obra, y de adquirir su publicidad, ASCARELLI ya falta para la ciencia jurídica europea. Sin embargo, tanto en todas sus obras como en ésta, podemos apreciar el monumento de su personalidad, de su infatigable laboriosidad y de su fina inteligencia. Bien es cierto que nunca sus postulados teóricos fueron heterodoxos; la excesiva preocupación por las determinantes económicas de las instituciones, su positivismo jurídico, en un palabra, le distancia de nuestros puntos de vista en cuanto la concepción del ser y de la finalidad del Derecho. Aunque tales divergencias de concepción se aprecien y le pongamos reparo, ello no empequeñe su gran categoría científica y la enorme agilidad, profundidad y exhaustividad de los temas por él tratados. Es ésta una cuestión para no discutir aquí, ni mucho menos cuando ya falta de entre nosotros. Ni la elegancia espiritual lo permite en estas circunstancias, ni mucho menos por quien se considera un aprendiz en estas materias. Ahora bien, una honradez científica y dogmática no puede dejarnos silenciar un punto de vista tan fundamental del que disentimos.

La dedicación del profesor ASCARELLI a los temas jurídicos de la moneda es bien conocida, pues sus estudios fueron marcando los hitos más fundamentales que componen la pequeña historia jurídica de la problemática monetaria de nuestros días. Desde su fundamental obra *La moneta. Considerazioni di diritto privato* (1928), pasando por sus *Studi giuridici sulla moneta* (1952), por no citar sus innumerables estudios monográficos y de comentario de la jurisprudencia, hasta llegar a esta obra equilibrada y madura, tenemos la muestra de su plena dedicación, de su espíritu inquieto y de su gran maestría en la materia.

Con la presente obra, ASCARELLI ofrece una exposición sistemática de los problemas monetarios. Hace ver como la doctrina italiana y la francesa dedicaron su atención en los primeros años de este siglo a una labor de carácter exegético y, después, con la aparición de la desvalorización, fueron las cuestiones referentes a la cláusula *rebus sic stantibus*, en relación con ella, las que ocuparon sus escritos. Más rica fué la producción alemana, tanto a finales del siglo pasado, como después, a consecuencia de la primera guerra europea. Mientras que en un principio se había examinado atentamente el concepto del dinero, con la desvalorización se desvió la atención hacia los principios generales de las obligaciones y, sobre todo, a aquel de la buena fe contractual, sancionado en el § 242 del B. G. B. También hace ver cómo con la enunciación de una particular categoría de deudas, las «deudas de valor», se produjo una desorientación dentro del cuadro general, en cuanto excepción al principio del valor nominal y al oscurecer la sistemática de las deudas pecuniarias y de las deudas monetarias, sin llegar a una delimitación precisa dentro de las diversas categorías de las deudas de dinero.

Después de treinta años de la publicación de su obra sobre la moneda, permaneció en ASCARELLI la preocupación de tratar la rica casuística internacional, especialmente la alemana y austriaca, con objeto de obtener aquellos principios que permitiesen una reconstrucción sistemática utilizable para el Derecho italiano.

En esta obra, el ilustre autor se sigue mostrando como un nominalista al igual que antes, al defender sus principios en garantía y seguridad del tráfico jurídico; al puntualizar las distinciones correspondientes a los conceptos de dinero y valuta, sobre la base de la teoría general de las obligaciones; al distinguir las deudas pecuniarias de las deudas monetarias, en cuanto a la especificación de la moneda objeto de la prestación; al separar las deudas de dinero de las deudas de valor, con un estudio de las consecuencias que pueden causar el resarcimiento de daños. Al suponer una novedad el tratamiento de las deudas de valor en el Derecho italiano, el profesor ASCARELLI realizó una investigación de Derecho comparado y un amplio recorrido histórico, comenzando en la glosa hasta completar la historia dogmática de los problemas y cuestiones que implican hasta nuestros días.

En cuanto al nominalismo de ASCARELLI, puede decirse que está en la línea de evolución que ha sido llamada de «nominalismo material», pues no concibe este sistema como una formulación rígida o formal, sino que en su posición se tienen muy en cuenta las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda. A pesar de sus muchas novedades, puede decirse que se mantiene firme en la línea de convicciones ya expuestas en su obra de 1928, aunque ahora de un modo más completo presente problemas y cuestiones entonces no desenvueltos, sobre todo su intento de profundizar y conseguir un concepto del dinero, en cuanto medida de valor y medio de cambio dentro de una concepción unitaria de las deudas pecuniarias. Esta preocupación conceptual y terminológica creo que imprimirá, desde ahora, una huella profunda a sucesivos estudios que se hagan en la materia jurídica monetaria, sobre todo en España, donde la obra tiene un fácil acceso.

Entre sus conclusiones se destaca aquella que mantiene que la moneda

resulta una institución típicamente social, que supone un elemento de ligazón en el tiempo y entre los hombres que están unidos a una cultura. También observa cómo se convierte, cada vez más, en un elemento abstracto. Para él resulta evidente que desde que se abandone la idea clásica de una economía de carácter neutral, el dinero adquirirá más desarrollo y ámbito de circulación. La progresiva liberalización de la disciplina de los cambios ha señalado un paso decisivo en el retorno al multilateralismo de los cambios internacionales, así como la reciente sanción de la convertibilidad de la moneda europea. Si a ello se añade que el perfeccionamiento del tecnicismo económico ha permitido conseguir la medida del poder adquisitivo de la moneda se advierte cómo se supera el dualismo entre el valor nominal y el valor metálico de la moneda que planteaba la doctrina tradicional. También ha permitido la adopción y validez de las cláusulas de salvaguardia o estabilización mediante el empleo de índices o módulos de conservación de valor, ignoradas por la doctrina antigua, y que han resultado más eficientes y prácticas que las cláusulas que respondían a cánones metálicos.

No es extraño que nos repita ahora el ilustre autor aquella afirmación que ya manifestaba en el prólogo o encabezamiento de sus *Studi giuridici sulla moneta*, al recoger los trabajos y ensayos que tenía más dispersos. Los problemas monetarios se encuentran hoy en el centro de la fenomenología jurídica actual y son aquellos que más obligan la responsabilidad del jurista. Efectivamente, aunque alguien pudiera creer lo contrario, los problemas monetarios atañen muy directamente a la producción, distribución y consumo de la riqueza entre los hombres y entre los pueblos. Aquejado está el mundo por una falta de entendimiento por esto; buena prueba es la política autárquica y egoísta del control de moneda sin que se llegue a una definitiva apertura entre los pueblos. Si a ello añadimos los fenómenos de oscilación y devaluación del poder adquisitivo de la moneda, podremos comprender la afirmación de ASCARELLI de que constituye un problema central que afecta a la estructura económica general. De aquí que este autor sienta la necesidad de que se logre una estructura económica y social nueva, una concepción universalista del dinero, que sea capaz de romper con los moldes que hasta ahora los tiempos nos han traído. El intenta en su obra la elaboración de principios que respondan a consideraciones equitativas, en parangón con las exigencias de certeza e igualdad, para conseguir la deseada adecuación e inmanencia en el Derecho.

De acuerdo. Los factores económico-sociales son en la realización de la justicia elementos decisivos y sobre los que es necesario operar y contar con ellos. Pero no son únicos y exclusivos; hay otros con los que ASCARELLI no cuenta y, a mi modo de ver, son los decisivos en esta lucha por la que la Humanidad se esfuerza. Entre todos destaca el factor moral del dinero. A primera vista podrá parecer la gran distancia y relación de ambos aspectos. Mas, a poco que se considere, no deja de advertirse que no se logra un orden sin una conciencia noble y justa del dinero. El dinero supone un ente, un instrumento, con una finalidad común y última que opera tanto para los creadores como para los destinatarios de la moneda. Respecto a los primeros (gobernantes, banqueros, etc.) su concepción moral del dinero decide la suerte y bienestar del pueblo; la ausencia de moral de un sistema monetario

rio puede llevar a operaciones ambiciosas y especulativas manejando sobre su naturaleza intrínseca y extrínseca, desencadenando desórdenes y calamidades que la inflación o deflación implican. En cuanto a los segundos, su falta de moral puede dar lugar a los peores empleos, como la usura, el atesoramiento y la falta de una conciencia instrumental del dinero sin proyección social. Es que si al hombre político le obligan unos imperativos insoslayables e inaplazables en cuanto a una política del dinero, al ciudadano y al particular le obliga el sentido y moral de un empleo adecuado del mismo. Es ésta una faceta por tratar y de la que se advierte una ausencia en la obra de ASCARELLI.

Por lo demás, la obra resulta un punto de partida fundamental e imprescindible para quien se proponga estudiar el aspecto jurídico del dinero.

JOSÉ BONET CORREA

**ASTORQUI ZABALA, Antonio:** «Manual del Derecho Civil foral de Vizcaya y de Alava». Bilbao, 1959. Un volumen de 78 págs.

La obra del Letrado Astorqui es un pequeño volumen que, sin propósitos ambiciosos—nos confiesa el propio autor—, persigue únicamente el mostrar una visión de conjunto, un panorama, del Derecho civil que rige en las provincias de Vizcaya y Alava para hacer más fácil la búsqueda de los preceptos correspondientes, una vez aparecida la compilación del 30 de julio de 1959.

Y la obra consigue, a nuestro juicio muy sobradamente, lo que el autor pretende, pues se trata de una exposición clara, sistemática y bien organizada que permite el conocimiento y claro juicio en la espesa y rica gama de instituciones de nuestro Derecho foral, particularmente aquí, en lo que se refiere a Vizcaya y Alava.

El estudio se compone: de una «Parte general», donde se estudia el origen, la jerarquía y la aplicación de las normas jurídicas, por una parte, y, por otra, las personas aforadas. Una parte especial contiene el Derecho civil foral de Vizcaya, dividido en los siguientes epígrafes: territorios de las provincias de Vizcaya y Alava en que rige el Derecho civil foral vizcaino; los bienes (troncalidad vizcaina y distancia entre los fundos); los contratos (la donación y la venta de bienes troncales); el Derecho de Familia (la comunicación de bienes entre los cónyuges); el Derecho de Sucesiones (la sucesión testada, la sucesión intestada, disposiciones comunes a las sucesiones testatas e intestadas); la prescripción.

En cuanto al Derecho civil foral de la tierra de Ayala se especifica: el territorio de la provincia de Ayala que comprende la tierra de Ayala; la libertad absoluta en disponer de los bienes y el derecho del heredero legal no instituido o no apartado.

La obra se concluye con un índice que señala dónde pueden hallarse las sentencias y resoluciones que se citan y con un índice analítico de la obra.

J. H. C.

**CAMARGO HERNANDEZ, César:** «La rehabilitación». Barcelona, 1960. Editorial Bosch. Un volumen de 174 págs.

El profesor adjunto de la Universidad de Madrid, Sr. Camargo, realiza un estudio de la rehabilitación, es decir, de aquel conjunto de medidas que tratan de restablecer un principio cristiano de perdón y de la paz social. El reciente reconocimiento oficial de España en el «Preámbulo del último Decreto de Indulto», dado para conmemorar la exaltación al solio Pontificio del Papa Juan XXIII, ya declaraba que la «nota característica de nuestro sistema penal es la de atender más que a la finalidad represiva a un criterio de prevención que asegure la paz social».

Ante la falta de un estudio monográfico y de conjunto en nuestra doctrina, el autor pensó en la elaboración de una obra que recogiese los antecedentes históricos, las opiniones doctrinales, el Derecho comparado y el Derecho positivo. El solo precepto contenido en el artículo 118 del Código penal vigente (modificado por la Ley de 20 de diciembre de 1952), es totalmente insuficiente para el desarrollo de la rehabilitación, pues sólo hace mención expresa de la cancelación de los antecedentes penales, sin aludir a los demás efectos. De aquí que el autor se propusiera analizar y dar más desarrollo a la institución siguiendo la tradición jurídica, haciendo ver cómo ya en las Siete Partidas se encuentra el primer antecedente legislativo de la rehabilitación. La reposición del penado en la vida civil, dotándole de un trabajo honrado o admitiéndole de nuevo en su antiguo puesto, es una finalidad que se adapta a las exigencias reales no sólo de generoso perdón, sino también a la finalidad reeducadora, evitando las reincidencias y una mentalidad enfermiza, socialmente.

Su obra, pues, consta de una parte dedicada a los antecedentes históricos (pueblos antiguos, Derecho romano, Derecho francés, italiano, fundamentalmente); otra, sobre el concepto, clases, fundamento, naturaleza jurídica y condiciones para la obtención de la rehabilitación; otra parte dedicada al sujeto, el objeto, las formas y los efectos de la rehabilitación; una cuarta parte que contiene la legislación comparada; otra dedicada al Derecho español, para terminar con unas conclusiones que propone de *lege ferenda* y un apéndice con las disposiciones vigentes en materia de rehabilitación.

J. H. C.

**CARBONIER, Jean:** «Derecho Civil. I. Disciplina general y Derecho de las personas». Barcelona, 1960. Traducción española de Manuel Zorrilla Ruiz, con un prólogo del profesor Antonio Hernández Gil. Editorial Bosch. Un volumen de 381 págs.

Este primer volumen del Derecho Civil, correspondiente a la disciplina general y al Derecho de las personas, quedará completado por un segundo volumen (hasta ahora no publicado) que analizará los regímenes matrimoniales, las sucesiones y las liberalidades. Este nuevo plan de exposición del Derecho civil responde a la nueva reforma de los estudios universitarios para la licenciatura de Derecho en Francia, conforme al Decreto de 29 de diciembre

de 1954, en cuyos programas se impone la necesidad de que en el primer año se profesen las nociones generales al objeto de que los estudiantes que vayan a optar seguidamente por el Derecho público o la Economía Política no ignoren las cuestiones con las que —a pesar de ostentar el título de licenciados en Derecho—no volverán a mantener contacto.

La nueva reforma del plan de estudios en Francia respondió a unas metas realistas que nuestra época y la especialización tiene planteadas. Las crisis bélicas y los nuevos puntos de vista en las relaciones humanas superaban en cierto modo los esquemas y las fórmulas tradicionales de convivencia. El Derecho civil, al igual que las demás disciplinas o ciencias de la cultura, ha sido vulnerable al cambio y le fué necesario imprimir un nuevo giro a sus derroteros. La nación gala, con un espíritu cartesiano, realista y metódico, se hizo pronto eco de las nuevas necesidades y no dudó en reformar sus planes y métodos de enseñanza. Era necesario preparar al hombre, al jurista, con una formación adecuada a sus tiempos, y no dudó en acometer la tarea. Se había superado el espíritu de la exégesis, aquel modo de operar que, con sólo el Código civil en la mano, pretendía resolver los conflictos de las relaciones privadas; ahora, las nuevas necesidades han conducido a una profusa y compleja legislación especial que invade las antiguas esferas, las remoza y las renueva bajo el signo de las conquistas sociales y económicas más recientes. Se ha producido una necesidad de acoplamiento, de reajuste y esclarecimiento que le ha correspondido a la jurisprudencia el principal papel. De ahí la importancia que ha alcanzado en el nuevo proceso. Responde también, como hace ver el prologuista de esta traducción española, el profesor HERNÁNDEZ GIL, a una razón de fondo: la conexión que existe entre el derecho y la acción; y, consiguientemente, el relieve que quiere concederse a la dimensión judicial de los derechos civiles. Es que en la faceta dinámica de los derechos civiles es donde puede verse su finalidad y carácter y donde radica la efectividad y firmeza de los mismos.

El haberse separado la exposición elemental de las instituciones y el «estado de las cuestiones» ha obedecido en el plan de esta obra de CARBONNIER a unas metas pedagógicas y científicas. Por la primera pretende conseguir aislar lo que de *communis opinio* ha alcanzado la ciencia del Derecho civil y que el alumno debe aprender como razón fundamental y objetiva, mientras que por la segunda se propone mostrar la profundidad de los horizontes, la complejidad de la materia y la problemática que encierra. Labor necesaria que es preciso desarrollar en los medios universitarios y que cumplen perfectamente los ideales de cultura y especialización, que los estudios superiores requieren. Como es sabido, toda buena síntesis es producto de un meditado análisis y de una larga experiencia. En la personalidad del profesor CARBONNIER no faltan y de ahí los méritos que su obra encierra. Las notas de derecho español del traductor, señor Zorrilla, ponen un acento utilitario y comparativo a la obra que la hacen de mayor interés en nuestro ámbito nacional.

**CONSEJO DE ESTADO: «Recopilación de doctrina legal 1955-1956». Madrid, 1960.**

En un ambiente jurídico como el actual, donde la actividad administrativa es cada vez mayor y donde los poderes de la Administración abarcan amplias esferas de la vida de relación social y jurídica, se hace también más necesario conocer el criterio y las directrices generales de la doctrina legal establecida por su más alto Cuerpo consultivo, cual es el Consejo de Estado.

La recopilación de los dictámenes dados por tan prestigioso Organismo se hacia necesaria, fundamentalmente por dos conceptos: por la necesidad de conocer el criterio rectoral y servir de guía orientadora en materia de colisiones; por suponer el antecedente necesario que pueda constituir la doctrina legal de tan esclarecido Organismo. De este modo, el particular sabrá la posición de los poderes públicos respecto de las relaciones que él mantiene con la Administración estatal y, además, podrá ver el criterio de interpretación de las normas que sigue este organismo.

El volumen actual recoge, ordenada por materias, la doctrina legal establecida en los dictámenes que comprenden las fechas entre el 15 de septiembre de 1955 y el 14 de septiembre de 1956. Dieciocho epígrafes generales sistematizan la labor realizada bajo los siguientes títulos y materias: Administración activa (funcionarios públicos); Administración docente (Ley de ordenación universitaria, grado de doctor); administración financiera (gastos públicos, contribuciones e impuestos, Ley de administración y contabilidad, obligaciones del Estado, presupuesto del Estado, recursos extraordinarios, subvenciones); Administración foral (concierto económico con Navarra); Administración institucional; Administración de Justicia (jurisdicción ordinaria, jurisdicciones especiales, circunscripciones territoriales, personales); Administración local (Municipios, entidades locales menores); Bienes de dominio público (ocupación de terrenos de dominio público, aguas públicas, aprovechamiento de aguas públicas, comunidades de regantes, registro de aguas públicas); Contratación administrativa (contratos administrativos, contratación en el ramo de Correos, contratación en el ramo de Educación Nacional, contratación en el ramo de Hacienda, contratos de obras y servicios públicos, revisión de precios); Derecho Corporativo (Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana); Derecho inmobiliario (demarcación registral, Registro de la Propiedad); Derecho laboral (jurisdicción competente, ley de contrato de trabajo, reglamentaciones de trabajo; Seguros Sociales obligatorios); Derecho mercantil (Sociedades anónimas, Juntas de Detasas); Derecho nobiliario (rehabilitación de títulos de Castilla, reconocimiento de títulos carlistas, títulos extranjeros, títulos pontificios); Fuentes del Derecho (reglamento); Régimen jurídico de la Administración del Estado (acto administrativo); Servicios públicos (servicios públicos descentralizados, concesiones de servicios públicos, ferrocarriles de vía estrecha, línea regular de transportes por carretera).

No es necesario destacar aquí la importancia que estos dictámenes tienen para el civilista, pues de todos es conocida la necesidad del apoyo normativo

y doctrinal a que acude el Consejo de Estado respecto del Derecho privado, pero del que se descubren nuevas posiciones y matices.

J. H. C.

**«Droit et histoire», Archives de Philosophie du droit. París, 1959; 230 págs.**

Por causas diversas, la prestigiosa revista francesa de Filosofía del Derecho ha sufrido últimamente alternativas en su publicación y en su frecuencia. En la actualidad, y luchando con ambiente hostil o indiferente—pues la Filosofía del Derecho no figura en el cuadro de asignaturas obligatorias de las Facultades francesas—, un reducido equipo de profesores consagrados y de jóvenes valores, han conseguido dar una periodicidad anual a los *Archives*, y un matiz primordialmente monográfico.

En el presente número y bajo el título genérico de «*Droit et Histoire*» se contienen tres estudios de los profesores Coing, Gaudemet y Paradisi. Destaca por su interés y por la personalidad de su autor, el debido a la pluma del profesor alemán acerca de «*Savigny y Collingwood, o Historia e interpretación del Derecho*». El del Profesor francés está dedicado a «*Estudios jurídicos y cultura histórica*», y contiene interesantes aplicaciones al estudio del Derecho comparado. El civilista encontrará en ambos útiles enseñanzas sobre metodología.

Bajo la sección de «*Etudes*» se incluyen cuatro trabajos de Héraud, Villey, Stoianovicht y A. David. Señalemos el debido al profesor Villey, de la Facultad de Estrasburgo, dedicado a «*Una definición del Derecho*».

Destaquemos, por último, la gran riqueza de la sección de Notas, Crónicas y «comptes rendus», en donde el lector puede encontrar una muy cuidada selección bibliográfica y amplia información sobre la Filosofía del Derecho en Alemania.

Al jurista preocupado por los problemas generales, no dejará de serle fructífera la lectura de esta Revista, en la que si algo se hecha de menos es su hermetismo hacia lo hispano.

GABRIEL GARCÍA CANTELO

**LECLERCQ, Jacques: «Du droit naturel à la Sociologie», dos volúmenes. Editions Spes. París, 1960; 160 y 167 págs.**

El Canónico Leclercq, Profesor de Lovaina, es bien conocido entre los juristas por sus excelentes *Leçons de droit naturel*, y también por el público español en virtud de la traducción y sucesivas ediciones de otras obras no específicamente jurídicas.

Tiene razón el autor cuando dice que hay muchos que exponen y pocos que estudian o investigan las llamadas Ciencias sociales, hoy de moda en todo el mundo. Se teme el descrédito si no se añade el calificativo «social» a todas las Ciencias, el autor se propone hacer una introducción a las Ciencias sociales.

En el primer volumen se ocupa de las vicisitudes del Derecho natural,

del objeto de la Moral y del Derecho, de la Filosofía del Derecho y de la Teoría General del Derecho, de la cuestión de si el Derecho natural es verdadero Derecho, y, por último, de la Filosofía social, de la Política social y de la Teología social.

En el segundo volumen, después de exponer el problema de la Sociología y de realizar su importancia, se ocupa en sucesivos capítulos de deslindar los límites entre la Sociología, la Moral y la Religión.

Sin perder altura, la obra presenta un marcado carácter divulgador, lo que facilita el estilo sencillo, a todos accesible. Para el jurista ofrece especial interés el primer volumen, sobre todo el capítulo V en donde somete a revisión la concepción iusnaturalista de Dabin.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

«Le Droit Naturel», *Annales de philosophie politique*, tomo III. Institut International de philosophie politique, Presses Universitaires de France. París, 1959; 232 págs.

El Instituto Internacional de Filosofía Política, que preside Georges Davy y que reúne en su Consejo de Dirección a figuras tan destacadas como Maitain, Kelsen, Battaglia, Chevalier, De Visscher y al español Madariaga, ha adoptado el sistema de dedicar los números de sus «Anales» a temas monográficos. Así, los dos primeros estuvieron dedicados al poder, y el tercero, de reciente aparición, a tema tan fundamental para el jurista como es el del Derecho Natural. Ya el hecho de elegirlo como tema de estudio significa que lo que se llamó un «nuevo renacimiento del Derecho natural» no fué un epifenómeno de los años trágicos de la guerra, sino algo que radica en el centro de las preocupaciones de los juristas.

Ya se comprende, viendo la lista de dirigentes del Instituto, que ésta se caracteriza, en lo ideológico, por la variedad. Y ello se comprueba hojeando el índice del presente volumen, que se abre con un extenso trabajo (que ocupa la mitad del libro) de Kelsen sobre «Justicia y Derecho natural», en el que el profesor vienes vuelve a exponer sus conocidas ideas acerca de la materia; destaquemos, por inexacta, su afirmación del carácter conservador que atribuye al Derecho natural (p. 110). En la misma dirección Kelseniana debe colocarse el estudio de su, en parte, discípulo, Bobbio sobre «Algunos argumentos contra el Derecho natural», ya conocido anteriormente en su versión italiana (cfr. la *Rivista di diritto civile*, 1958, p. 253), y el de Eisenmann titulado «El jurista y el Derecho natural», que responde a premisas positivistas.

Consumen turno a favor, desde distintos planteamientos: Perelmann, «La idea de justicia en sus relaciones con la Moral, el Derecho y la Filosofía»; P. D'Entréves, «El Derecho natural»; Jouvenel, «La idea de Derecho natural» y Prélot «Taparelli d'Azeglio y el renacimiento del Derecho natural en el siglo XIX».

Se observa, por tanto, en este número de los Anales una exquisita neutralidad.

Aunque la orientación general del Instituto y de los Anales es de filosofía política, no deja de ofrecer interés el presente volumen para el jurisprivatista, pues dada la unidad esencial entre el Derecho público y el privado, los últimos fundamentos de ambas ramas del Derecho coinciden.

Señalemos, por último, que la doctrina española está ausente en los trabajos contenidos en este volumen.

GABRIEL GARCÍA CANTERO.

MANN, «Das Recht des Geldes», trad. alemana por Marguerita WOLFF y Lucia Serick. Frankfurt am Maín y Berlin, 1960. Edit. Alfred Metzner. Un volumen de XV + 454 págs.

El destacado abogado inglés Dr. MANN es una conocida personalidad por su dedicación especial, en estos últimos veinte años, al estudio del dinero desde el punto de vista jurídico. Su conocida obra se ha hecho clásica en la materia, tanto por la contribución que supone desde la perspectiva del *common law* y del Derecho comparado, como por la profundidad y competencia con que trata los temas jurídicos del dinero. De aquí que la literatura alemana enriquezca su panorama de contribuciones con esta traducción patrocinada por el «Instituto de Derecho Comparado», que aporta un punto de vista más realista y empírico en la temática excesivamente abstracta a que llegó la teoría jurídica alemana del dinero desde KNAPP hasta NUSSBAUM.

El tratamiento jurídico del dinero puede decirse que hasta ahora es de carácter localista en comparación con el estudio económico del mismo. Como afirma este autor, el dinero es una institución universal en el tráfico económico, mientras que no existe un derecho universal del dinero. He aquí la explicación de la amplitud y complejidad de su problemática, así como la necesidad de resolver la serie de conflictos que plantea en el tráfico jurídico nacional e internacional. Sin embargo, como el autor muy bien dice, existen bases y principios comunes a nuestra civilización, tales como el nominalista, que en esta materia unifican y conducen al conocimiento universal de la esencia y funciones del dinero. Por eso, un estudio de Derecho comparado lleva al encuentro de afinidades y de similitudes, de paralelismos y coincidencias, cosa que en el ámbito jurídico del dinero puede dar muy logrados frutos.

Adeemás de estas razones, el autor tuvo otros motivos para acometer esta obra: así como en el Derecho continental estaba la materia muy bien tratada, por el contrario, en el ámbito del Derecho angloamericano se dejaba sentir la ausencia de una monografía fundamental sobre las cuestiones jurídicas del dinero. Los antiguos *Case de Mixt Moneys* (1604) eran los únicos que con principios válidos para el ordenamiento jurídico actual podían contribuir a resolver los conflictos. Esta laguna estaba por llenar y MANN se lo propuso, cumpliendo plenamente su cometido. Por otra parte, las razones de una traducción alemana estaban justificadas, pues si bien la obra de NUSSBAUM, *Das Geld* (1952) estaba todavía vigente en su doctrina, era necesario presentar en otra obra de conjunto la nueva problemática y contribuciones. MANN, doctorado por Londres y Berlín, podía muy bien hacerlo, dada

su competencia y el conocimiento de la literatura y jurisprudencia alemanas.

La obra está compuesta de cuatro capítulos, que son los que nos dan la pauta del contenido de esta obra. El primero está dedicado a las generalidades, estudiándose el concepto del dinero, la formación y organización de los sistemas monetarios, el contenido y extensión de la obligación monetaria y las necesidades de seguridad en cuanto al sistema nominalista. El segundo capítulo contiene la materia correspondiente a las deudas de moneda extranjera. El tercero abarca el régimen de control de divisas, y el cuarto estudia el dinero dentro del ámbito del Derecho internacional.

Los dos últimos capítulos quizá sean los más importantes y característicos de su obra, dado que hasta entonces dichas cuestiones no se habían tratado. El control de cambios, producto del primer conflicto bélico mundial, suponía una arma más, aunque de tipo económico, en la guerra total. La necesidad de la defensa de la balanza de pagos y de prohibir al enemigo un trasiego de fondos y divisas, condujo a un sistema de control estatal que impidió la total libertad de cambios de moneda extranjera. El estudiar en qué medida estas disposiciones de carácter público y reglamentario influyeron en una determinada política económica nacional e internacional, así como repercutieron en el Derecho privado (civil y mercantil) en materia de obligaciones, constituye el meollo de materias y problemas tratadas por el autor.

La obra se presenta notablemente mejorada y ampliada respecto a su edición original inglesa anterior, constituyendo un estudio magistral sobre la materia.

JOSÉ BONET CORREA

**MARTIN-BALLESTERO COSTEA, Luis:** «Síntesis y guía del Derecho civil. I Parte General». Zaragoza, 1959. Un volumen de 446 págs.

Con esta obra se inicia una exposición sintética de las instituciones del Derecho civil español, añadiéndose los juicios más destacados que la doctrina nacional y extranjera ha elaborado y recogiéndose un repertorio bibliográfico muy completo.

Este primer volumen está dedicado a la «Parte General» del Derecho civil, comprendiéndose los títulos correspondientes al «Concepto del Derecho civil», al «Sistema, plan y métodos», a la «Historia del Derecho civil español», la «Codificación», la «Codificación española», el «Derecho Foral», la «Norma jurídica», la «Ley», la «Costumbre», las «Restantes normas jurídicas», los «Efectos de las normas», los «Límites de las normas en el tiempo», las «Normas en el espacio», la «Aplicación de las normas», la «Reacción jurídica», la «Adquisición, modificación y extinción de los derechos», el «Negocio jurídico», la «Exteriorización de la voluntad», la «Declaración de la voluntad», los «Elementos del negocio jurídico», la «Ineficacia del negocio jurídico», la «Representación», el «Ejercicio de los derechos», la «Protección y garantía de los derechos», las «Personas naturales», los «Llamados derechos de la personalidad», la «Edad y el sexo», la «Enfermedad y la prodigalidad», la «Nacionalidad, la regionalidad y el domicilio», la «Ausencia», el «Parentesco y otras

causas modificativas», la «Persona social», la «Pérdida de la capacidad jurídica y su reintegración» y «El Registro del estado civil».

El autor ha querido hacer de la obra un instrumento universitario y didáctico; efectivamente, a nuestro juicio, cumple ampliamente sus dos cometidos, porque el alumno que inicia el estudio de las instituciones y figuras del Derecho civil le conviene alcanzar su conocimiento lo más preciso y elementalmente posible, dado el grado de abstracción intelectual que la disciplina encierra. Es también didáctica porque no sólo muestra un esquema de principios de un modo simple, sino que presenta las vías, los caminos, que conducen a la rica gama de cuestiones y relaciones que implica y encierra su problemática. De este modo, la obra no sólo tiene una aplicación escolar, académica o docente, sino que también tiene una utilización práctica, analítica y para la investigación; junto a la enunciación de la *comunis opinio*, se recoge el material que puede proporcionar el haz multicolor y abigarrado de pareceres y resoluciones científicas de las cuestiones. Para ello, se sigue una particular división de las materias: A) La doctrina que se halla expuesta en cualquiera de los textos que son comunes a todo estudiante o licenciado (CASTÁN, CASTRO v. BRAVO, DE DIEGO, ESPÍN, etc.); B) Las obras de la doctrina extranjera más sobresalientes y traducidas al español (MESSINEO, BARASSI, RUGGIERO, PLANIOL y RAPPERT, COLINT y CAPITANT, ENNECKERUS, OERTMANN, LEHMANN; C) Las monografías, estudios y artículos de revista seleccionados de la doctrina española con indicación de la bibliografía extranjera.

Por lo expuesto, bien puede darse idea el lector de la utilidad de la obra que, por lo demás, viene realmente a llenar, dentro de la literatura jurídica, una necesidad sentida en este tiempo en que el vértigo y la prisa, amén de la especialización, requieren una economía de tiempo y un mayor caudal de conocimientos.

Esperemos, pues, que la obra se complete y que logre tan magistralmente el fin que el autor se ha propuesto.

José BONET CORREA.

**RETORTILLO BAQUER, Sebastián:** «De las administraciones autónomas de las aguas públicas». Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho. Instituto García Oviedo, 1960. Un volumen de 249 págs.

El profesor RETORTILLO aborda en su estudio los problemas que plantea la administración autónoma de las aguas públicas, la cual debe verificarse por los propios usuarios, por los mismos administrados. Se trata, como el mismo autor dice, de una técnica en cierto modo peculiar y que nuestro sistema administrativo ha recogido—al menos en la letra de la Ley—, tanto para la esfera inferior de las comunidades de regantes, como en la más amplia de los Sindicatos Centrales o en aquella otra, todavía más extensa, de las Confederaciones Hidrográficas.

Sin embargo, hasta ahora la administración de las aguas públicas está concebida partiendo del criterio que reduce tal administración a una estricta función de policía administrativa. A pesar de que la Ley de Aguas arbitra una serie de fórmulas para poder conferir a las comunidades de regantes

una tarea de fomento administrativo, no son todavía suficientes para el autor, el cual, pretende mayores posibilidades para llevar a cabo, por los usuarios, una verdadera acción de fomento. Hace ver cómo las Confederaciones Hidrográficas la mayor parte de las veces permanecen al margen de los particulares y olvidan o desconocen sus intereses. El autor es partidario de una participación efectiva en la gestión de la *res pública*, en cuanto que es un verdadero derecho y, al mismo tiempo, una obligación, exigencia natural de la propia sociedad.

La obra está compuesta por tres estudios, de los cuales el referente a las Confederaciones Hidrográficas ya fué publicado en la «Revista de Administración pública». Estos son: I. «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes»; II. «Trayectoria y significación de las Confederaciones Hidrográficas»; III. «Incorporación de las Comunidades de Regantes a la Organización Sindical.»

J. H. C.

**RODRIGUEZ-PINEIRO, Miguel: «Eficacia general del convenio colectivo»**  
Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1960.

Inicia el autor su monografía con una frase de Duguit, que simboliza el interés del tema y justifica el hecho de la contratación colectiva. El moderno Derecho del Trabajo ha de ser, en un proceso evolutivo cercano, una normativa engendrada dentro y por la misma realidad social a la que va dirigido.

Constituye la obra un estudio documentado, que tanto por su actualidad e interés real, como por su realización, merece ser objeto de los mejores elogios. Nos presenta una institución base en el mundo social actual.

Comienza su trabajo examinando los inconvenientes surgidos en los primeros estadios de la convención colectiva, principalmente debidos a la pluralidad sindical (que redunda en el ámbito, pues sólo obligan a los pactantes), a la concurrencia de convenios en un mismo círculo profesional, etc.

A la necesidad de superar estas imperfecciones se une el interés directo de las empresas, y sobre todo del Estado, en que la normativa de los convenios se expanda, logre una generalización y no sea atributo específico de agrupaciones sindicales y sus asociados, máxime teniendo en cuenta que el interés motor de la contratación debe ser el general, el colectivo, el común de la sociedad.

Como fruto de todo ello, se impone la generalización de su ámbito, que ineludiblemente lleva aparejada una intervención legislativa.

Analiza el autor, a este respecto, la generalización del convenio por decisión administrativa, donde sin perjuicio de mantener la libertad y pluralidad sindical, se prevé la posibilidad de que un convenio llegue a obligar a todos los trabajadores y empresarios del círculo profesional que se trate, cumpliendo unas reglas que hacen referencia, no sólo al procedimiento, sino a las condiciones que ha de reunir el propio convenio para que pueda ser requerida su ampliación.

Estudia, en reacción con la extensión de un convenio por el órgano estatal, la naturaleza jurídica de este acto de ampliación. Llega a la conclusión de

que el convenio colectivo generalizado es simplemente un convenio colectivo, cuya fuerza normativa reside en las partes pactantes que han representado a toda la categoría, pero que en ningún modo supone la conversión de normas pactadas en estatales y reglamentarias.

Examina a continuación el autor, el desarrollo del convenio en países donde el Sindicato ha pasado a ser un instrumento más de la máquina estatal, contemplando sus efectos y alcance de los dos sistemas contrapuestos que la realidad ofrece, corporativismo autoritario y mundo marxista. Una vez que analiza las distintas gamas del primero—fascista, seudocorporativismo, del régimen de Vichy y portugués—penetra en los caracteres que cobran el Sindicato y el convenio en el mundo marxista, donde una reciente evolución de los hechos abre perspectivas descentralizadoras que posibilitan, al mismo tiempo que convenios generales, un acercamiento a los sistemas occidentales, dentro de lo que puedan permitir tan dispares ideologías.

Al convenio colectivo, afirma, no se le puede juzgar haciendo caso omiso del poder estatal concreto, sino que juegan juntos, y de la tendencia de éste se pueden deducir los efectos propios de aquél. La excesiva preocupación por lo económico que caracteriza a todos los sistemas totalitarios, hace que el convenio tenga vida como un instrumento económico, pero a consecuencia de ello se llegue a la supresión del mismo como institución. Mas no todo este juicio crítico ha de ser negativo. Y así, el autor pone de manifiesto cómo estos sistemas han supuesto una reacción contra los capitalistas, valorando la categoría profesional como formación social basada en la solidaridad necesaria de todos los que tienen, en la vida del trabajo, una comunidad de intereses idéntica. Han puesto de relieve la naturaleza pública de la función de tutela de los intereses de la categoría, motivando que el Estado no pueda dimitir su función legislativa en esta materia.

Rodríguez-Piñero, en su examen de la evolución institucional, nos va a introducir en el marco del convenio colectivo como ley de la categoría profesional. Comienza esta nueva sección con el análisis dualista-real de convención y reglamentaciones, acuerdos y dirigismo, señalando que en un futuro próximo será necesario decidirse por uno de ellos. La elección ha sido resuelta, prosigue, en favor de la autonomía social, como consecuencia de la crisis del monismo normativo legal y de la descentralización legislativa, que marca un proceso de democratización social, fomentada por el mismo Poder Público.

La exigencia de generalización de los efectos del convenio a todos los componentes de la categoría, trae como efecto ineludible el que la representación profesional de las partes del convenio sea tal que afecte a toda la categoría, y esta representación unitaria de la categoría se torna en el problema del que depende muy directamente el futuro, por lo demás esperanzador, de la institución del convenio colectivo.

Sentadas estas premisas, el autor pasa a investigar atentadamente la plasmación de la necesidad de generalidad en los distintos sistemas de sindicación y gobierno—democráticos, de pluralidad sindical, de organización sindical única, etcétera-. Se piensa, dice, que con una sindicación única la libertad sindical estaría en gran parte negada y con ello se pondría en peligro el que efectivamente se representasen los intereses de la categoría. Concluye afirmando que no obstante estos peligros, si se garantiza la representatividad y la auto-

nomia de la organización, no hay obstáculo alguno para admitir dicho sistema.

Como colofón de su estudio, nos presenta el tema de los convenios colectivos españoles. Tras rememorar la situación normativa social anterior a la ley, ve en ésta una orientación democrática sindical. De esta forma, señala, se ha dado un gran paso, inaugurándose una nueva fase para nuestra sindicación, al ser la línea representativa la encargada de llevar a cabo la función más típica, más esencial dentro de los Sindicatos.

Javier FERNÁNDEZ MICHELORENA

**WUST, Günter:** «*Die Interessengemeinschaft Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*». Frankfurt, 1958. 172 págs.

Desde IHERING hasta WURDINGER y MULLER-ERZBACH, la doctrina alemana ha venido ocupándose de la comunidad de intereses (en las páginas 27 y ss. del libro reseñado se recuerdan los estudios anteriores). En un principio, se acudía a la idea de la comunidad de intereses para explicar supuestos concretos. Así procedió HECK (*Das Recht der grossen Hararei*, 1889) al fundamentar jurídicamente la avería gruesa. Más tarde se intenta establecer una doctrina general de la comunidad de intereses. Inicia estos intentos WURDINGER (*Theorie der schlichten Interessengemeinschaften*, 1934), a quien se debe una distinción fundamental: simples comunidades de intereses y comunidades de intereses de orientación finalista. Wust limita su estudio a los supuestos estrictamente jurídico-privados de comunidad de intereses, excluyendo de su obra la *Interessengemeinschaft* como forma de unión de empresas.

El problema central del libro reseñado es el de determinar hasta qué punto deben ser jurídicamente tomados en consideración los intereses paralelos surgidos fuera del ámbito del contrato de sociedad y de las comunidades legalmente tipificadas. Para resolver este problema hay que seguir, a juicio del autor, un método distinto de los tradicionalmente empleados: Es necesario atender no tanto a los preceptos legales como a las relaciones sociales en constante renovación. Wust acepta y utiliza los principios metodológicos recientemente propugnados por ESSER, a cuya obra se remite recientemente (1). Con base en estos principios Wust trata de descubrir elementos constantes en los variados supuestos de intereses paralelos que la realidad jurídica ofrece.

El libro consta de una breve introducción (pp. 11-20) y de dos capítulos. En el capítulo I (pp. 20-55) se examinan los problemas generales que la comunidad de intereses presenta. Después de señalar cómo en la vida surgen constantemente intereses entrecruzados, Wust delimita el objeto de su investigación. Señala las diferencias existentes entre la comunidad de intereses

---

(1) ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956. Una interesante y completa crítica de esta obra ha sido hecha por el Profesor DE CASTRO en ese ANUARIO: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, ADC, 1958, pp. 235 ss.

y la gestión de negocios y el enriquecimiento injusto, y describe las diversas formas en que la comunidad de intereses suele presentarse. Destaca la distinción entre simples comunidades de intereses y comunidades de intereses de orientación finalista. La distinción es difícil; tan sólo puede señalarse un rasgo diferenciador negativo: presencia en las segundas de una cierta organización.

El capítulo II (pp. 56-172) está consagrado al estudio de los diversos supuestos de la simple comunidad de intereses. La comunidad de intereses como principio ordenador del Derecho privado aparece históricamente en el caso de la avería gruesa (*Lex Rhodia*). Las causas que justifican la pronta aparición de la avería gruesa son, a juicio de Wust, dos: una de orden económico (conservación de valores: sacrificar lo menor para salvar lo mayor) y la posición del capitán que como director de la navegación y *Treuhänder* de buque y carga impone las medidas necesarias a los cargadores que viajan en el buque. El principio inspirador de la avería gruesa no puede extenderse, en opinión del autor, al caso de daños bélicos e incendios que amenazan por igual a varias personas.

En la hipótesis de salvamento puede surgir una comunidad de riesgos e intereses entre los diversos buques o las diversas personas que participen en el salvamento. La pérdida parcial de un cargamento previamente vendido a diferentes personas constituye otro interesante supuesto de comunidad de riesgos. Si los compradores han adquirido la propiedad de la carga, el reparto de los riesgos se basará en las reglas de la comunidad; caso de no haber sido transmitida la propiedad de la carga indistinta, los riesgos deben ser también imputados a los compradores y repartidos entre ellos en virtud del principio de la comunidad de intereses.

La doctrina alemana discutió, especialmente después de la primera guerra europea, si un *stock* de mercancías insuficiente para atender los diversos pedidos realizados podía y debía ser repartido por el vendedor entre todos los compradores, o si el vendedor podía discrecionalmente entregar las mercancías a uno o varios de los compradores. Wust se inclina por la primera solución (también mantenida por el *Reichgericht* en 1914) y trata de basarla en el principio de la comunidad de intereses.

La conservación de la cosa de la compraventa a plazos con reserva de propiedad también debe incluirse, a juicio del autor, en la amplia figura de la comunidad de intereses. En la conservación de la cosa vendida bajo esta modalidad coinciden los intereses del vendedor (la cosa garantiza su derecho al precio) y del comprador (posee y disfruta de la cosa). La conservación de la cosa corresponde al comprador, quien actúa como representante de sus propios intereses y de los del vendedor. Wust estudia, además de los citados, otros supuestos concretos de comunidad de intereses: comunidades de intereses «cuasi-vecinales»; conservación de la cosa por el propietario y usufructuario; participación jurídico-real en los productos de una cosa, etc.

No puede desconocerse el interés que en el lector despierta el libro de WUST. Tal vez este interés obedece más a la índole de los temas tratados que a la manera de tratarlos. WUST pasa revista en su obra a problemas verdaderamente atractivos para el privatista. Pero, salvo en alguna ocasión (por ejemplo, cuando estudia la conservación de la cosa vendida a plazos: pp. 134

ss.), el análisis es superficial. De otra parte, es difícil extraer del libro reseñado conclusiones generales acerca de una figura tan importante como es la comunidad de intereses. El lector tan sólo consigue descubrir aspectos fragmentarios y dispersos de la *Interessengemeinschaft*. Falta una visión sistemática y completa del tema. La obra no deja, sin embargo, de ser realmente sugestiva. Al libro de WUST le ocurre lo que a la ejecución de los grandes temas musicales o teatrales. Aunque la interpretación no haya sido impecable, el espectador no sale del todo insatisfecho.

Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general

BIONDI, Pompeo: *Sanzione e diritto*, IM, año IX, fascículo 4, diciembre 1958; págs. 431-445.

En el problema relativo a la circunstancia de si la sanción es o no es un elemento necesario al concepto del Derecho, considera el autor filosóficamente la esencia de la sanción como elemento de fuerza para la actuación de la norma. Afirma que el derecho implica libertad, la cual es negada por la fuerza; Derecho y fuerza son, pues, términos antinómicos.

DERECHO CIVIL: *Tendencias actuales del ...* IJ, núms. 192-193, mayo-junio 1959; págs. 1503-1512.

Memorándum de la Comisión preparatoria del Derecho civil, comercial y otras ramas del Derecho privado (Chile): aspectos generales de la evolución del Derecho civil; personas y familia; bienes y derechos reales; obligaciones y contratos. Sucesiones. Propuestas de reforma en cada uno de estos ámbitos.

EHRENZWEIG, Albert A.: *Su un profilo storico del Diritto dei conflitti di leggi in America e sul problema della convenienza di una continuazione del «Restatement»*, IM, año IX, fascículo 4, diciembre 1958; págs. 519-542.

Apuntes históricos sobre la evolución y tendencias del Derecho internacional privado americano en relación con la debatida cuestión de si procede o no continuar el «Restatement», redactado por el American Law Institute.

FAUS ESTEVE, Ramón: *Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación*, RJC, año LVIII, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 461-479.

Se indican y comentan ciertos puntos del Proyecto de Compilación de Derecho catalán, sometido al estudio y aprobación de las Cortes. Se tomó por base, mejorándolo, el Proyecto de Apéndice de 1930. El autor sugiere la procedencia de ciertas enmiendas. Considera, asimismo, que se está ante una feliz coyuntura para que Cataluña articule su Derecho especial.

GARCÍA VALDECASAS, Alfonso: *La Sociedad y el Derecho*, RFC, núm. 20, año VII, 1958; págs. 9-31.

Conferencia del autor, pronunciada en Las Palmas el 15 de septiembre de 1957 con motivo de la apertura del Año Judicial 1957-1958. El Derecho es la forma misma del mundo social de la que no cabe salir, porque en su realidad configura la realidad propia de cada uno de nosotros. La dignidad y responsabilidad propia del oficio del jurista radica en que el Derecho es imprescindible para la existencia misma de la sociedad.

LARENZ, Karl: *Tendencias metodológicas en la ciencia iusprivatista alemana actual*, RDP, mayo 1959; págs. 367-372.

La evolución de la ciencia iusprivatista alemana en el siglo XX se caracteriza por separarse cada vez más de la vinculación al BGB y de la ciencia jurídica del siglo XIX que sirvió de base a aquel cuerpo legal. De la jurisprudencia de intereses se va transformando en una «jurisprudencia de valoración». Junto a ésta surge la apreciación de la «naturaleza de las cosas» y la consideración de los principios supralegales. Todo ello implica una creciente renuncia al positivismo.

MEISTER, HANS: *Grenzen des Geltungsbereich nationaler Kollisionsnormen*, ACP, tomo 158, cuaderno 1, 1959; págs. 16-37.

Los límites del ámbito de eficacia de las normas nacionales de colisión oscilan entre la consideración de la comunidad jurídica internacional y la acentuación de la soberanía nacional de los Estados. El problema debe resolverse, lo mismo que en los conflictos puramente internos, a base de una estimación del caso en conflicto, no debiendo, como consecuencia del reenvío, resultar alteradas las normas del Derecho nacional en cuanto a su ámbito de vigencia, salvo en supuestos excepcionales: consideración del Derecho extranjero al lado del nacional.

FEUIGNEOT, Georges: *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia administrativa francesa*, T. núm. 4, 1958; págs. 11-32.

Ante la realidad de qué el Consejo de Estado francés invoca desde hace algún tiempo los principios generales de Derecho como fuente del mismo, el autor estudia el fenómeno e indica sus aspectos jurídicos: reconocimiento de los principios generales como fuente, naturaleza y alcance de los mismos. El fundamento de la fuerza obligatoria de los principios generales del Derecho radica en la conexión de estas dos concepciones: la que los considera como fuente autónoma y la que los conecta con la costumbre.

- SANCHO IZQUIERDO, Miguel: *La enseñanza del Derecho*, T, núm. 5, 1959; páginas 121-128.

Consideraciones y valoración crítica del plan de enseñanzas jurídicas en España. Debe tenderse a la formación jurídica del jurista, unidad de licenciatura, simplificación de materias, asignaturas fijas en el doctorado.

## 2. Derecho de la persona

- ALAMILLO CANILLAS, Fernando: *El Registro del estado civil*, RDP, octubre 1959, págs. 834-848.

Precedidas de unas breves notas históricas ofrece el autor unas indicaciones sobre la nueva Ley del Registro civil de 1957. Directrices y modificaciones que supone; hechos inscribibles, clases de asientos, órganos del Registro, organización, competencia, normas generales sobre los asientos y el modo de practicarlos.

- BLAS ZULETA, Luis: *La publicidad del Registro civil*, BI, año XIII número 434, 1959; págs. 6-17.

Indicadas las fuentes legales (arts. 6, 7 y 8 de la nueva Ley de 1957 y 17 al 40 de su Reglamento) se hace referencia a los órganos de la publicidad en el Registro civil. A continuación estudia el autor la publicidad en general y en su distinción entre publicidad formal y material.

- BLAS ZULETA, Luis: *Los expedientes del Registro civil en la novísima Legislación*, BI, año XIII, núm. 439, 1959; págs. 3-11.

Dentro del epígrafe «Conceptos generales» se alude a la competencia y a los principios rectores en materia de expedientes en el Registro civil. A continuación se indican sus clases, de acuerdo con las Secciones del Registro, examinándose, asimismo, las reglas de tramitación (capacidad, solicitud y conclusión).

- DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Organos de protección de la Convención Europea de los derechos del hombre*, T, núm. 5, 1959; págs. 95-118.

Después de una indicación de la génesis de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada el 4 de noviembre de 1950, y de una enumeración de los derechos que reconoce, se hace el estudio de los órganos de protección y garantía de los derechos que se reconocen en la Convención: la Comisión Europea de Derechos del Hombre, el Comité de Ministros y el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.

HOYO BLANCO, Miguel: *La publicidad del Registro civil*, BI, año XIII, número 445, 1959; págs. 3-5.

En relación con el artículo de Blas Zuleta (reseñado en esta misma Sección) el autor defiende el cuerpo de Secretarios comarciales como órganos de la publicidad registral.

OROZCO ANTEQUERA, Alfonso: *La calificación previa a la inscripción en el Registro civil*. BI, año XIII, núm. 447, 1959; págs. 3-17.

Estudio de la calificación en el Registro civil: nociones generales, mecanismo y extensión de la función calificadora, recursos en materia de calificación.

PERE RALUY, José: *La Prueba de la vida, soltería y viudez*, BI, año XIII, número 436, 1959; págs. 3-6.

Las fes de vida, soltería y viudez presentan difíciles problemas en relación con la mecánica del Registro civil debido a su desconexión de éste. Significado de la nueva reglamentación que debiera haber excluido estos hechos del contenido del Registro.

SAINZ DE VARANDA, Ramón: *Significación de la Convención Europea de los derechos del hombre*, T. núm. 5, 1959; págs. 129-139.

La Convención Europea de los Derechos del Hombre descansa en una comunidad de origen y de rumbo, de ideales y de apetencias que une a los europeos y les separa de quienes no lo son. La Convención indicada constituye un Código y promulgación solemne de los valores morales que caracterizan al europeo y, por lo tanto, proclamación abierta de la inutilidad de los Estados nacionales.

TESTAL MERCHANT, Juan: *La enseñanza primaria y su conexión con el Registro civil*, BI, año XIII, núm. 448, 1959; págs. 3-7.

El Decreto de 21 de marzo de 1958 supone la novedad de que la posesión de los conocimientos de la enseñanza primaria aparezca reflejada entre las circunstancias del estado personal. Preceptúa el artículo 18 de la disposición citada que la obtención del certificado de estudios primarios se anotará al margen del acta de nacimiento en el Registro civil. Comentario del autor.

### 3. Derecho de cosas

FATREN, Manuel: *Derechos reales y de crédito*, RDN, año VII núm. 24, abril-junio 1959; págs. 139-266.

Segunda parte del trabajo del autor sobre la materia. Alude a la distinción de los derechos reales y de crédito en la doctrina: consideraciones ge-

nerales, teorías negativas de la distinción, la distinción como objeto del Derecho sustantivo o del Derecho procesal. No se muestra el autor conforme con las teorías negativas, pero destaca el mérito de éstas en el sentido de haber hecho pensar en la necesidad de una doctrina general de los derechos patrimoniales.

FONT BOIX, Vicente: *El problema sobre el concepto y naturaleza del derecho real*, RDEA, año III núm. 16, noviembre-diciembre 1958; págs. 573-586.

Con el subtítulo «Consideraciones en torno a la obra de Ludovico Bassi» se refiere el autor a los conceptos fundamentales en torno a la figura del derecho real: naturaleza, elementos, oponibilidad a terceros, tutela, clases, comparación con el derecho de crédito.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Viviendas de régimen especial*, IJ, núms. 190-191, marzo-abril 1959; págs. 1387-1392.

Aspectos jurídicos de la adjudicación administrativa de viviendas y locales de régimen especial.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Régimen administrativo de la propiedad privada*, RDP, junio 1959; págs. 457-467.

Destacada la función social de la propiedad, a través de la definición legal de la misma, se refiere el trabajo, como «instituciones que comprende el régimen administrativo de la propiedad», que suponen prestaciones obligatorias y limitaciones de la propiedad, a la expropiación, a la requisita, a las ocupaciones temporales y a las transferencias coactivas de bienes fungibles.

LAROUR BROTONS, Juan: *El precario*, RDP, diciembre 1959; págs. 1065-1080.

Estudio de conjunto desde el punto de vista sustantivo de la institución del precario, que, en cuanto a su naturaleza, es considerado como una mera situación posesoria. Precedentes, doctrina, jurisprudencia, concepto, caracteres, delimitación, contenido, elementos y extinción.

MASCAREÑAS, C. E.: *La protección de denominaciones de origen por medio de las normas técnicas para la exportación*, FG, año XVI, núm. 112, marzo-abril 1959; págs. 111-115.

Aspectos concretos de la protección a las denominaciones de origen a través de las normas no dictadas con esta finalidad, no abordada de una manera directa en el Derecho español.

MONTEL, Alberto: *Ancora sulla nazione de detentore e sulla nozione di giudizio petitorio non cumulabile col possessorio*, RDC, año LVII, núms. 3-4, marzo-abril 1959, segunda parte; págs. 113-119.

El autor comenta favorablemente la sentencia de 6 de noviembre de 1958 (casación italiana), según la cual la detención tutelable era la ac-

ción de despojo puede derivar también de una relación obligatoria con tal que ésta dé lugar a un contacto duradero con la cosa, distinto de cualquier actividad de cooperación del acreedor. No es, pues, admisible la acción de despojo contra la negativa de un suministro, porque, en tal caso, el acreedor no obtiene la disponibilidad de la cosa si no le es continuamente suministrada.

**PAGLIARIO**, Vittorio: *Diritti assoluti di vendita nella proprietà industriale e introduzione nello stato di prodotti legittimamente fabbricati all'Estero*. RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959, págs. 112-121.

Límites de eficacia y mecanismo, en la legislación y en la jurisprudencia italianas, de las concesiones exclusivas de ventas puras y de las concesiones de ventas conexas al derecho de uso exclusivo de una marca. Delimitación, supuestos secundarios y relación con el problema de la introducción de productos legítimamente fabricados en el extranjero.

**VERCELLONE**, Paolo: *Plagio involontario di opera musicale e pubblicazione della sentenza di condanna*, RDC, año LVII, núms. 1-2, enero-febrero 1959, segunda parte; págs. 62-73.

En el supuesto de las llamadas «coincidencias fortuitas» de dos obras musicales, el autor de la obra creada antes puede eponerse a la utilización de la creada posteriormente, aun en el caso de que el autor de ésta demuestre que su creación ha sido subjetivamente original por ignorar la obra anterior. El segundo autor está, sin embargo, libre de la obligación de indemnizar. De ésta depende la publicación de la sentencia de condena. Es doctrina sentada por la Corte italiana de Casación, que se enfrenta por primera vez con la cuestión (S. 15 febrero 1958). Comentario crítico de la sentencia.

#### 4. Obligaciones y contratos

**ARTIME PRIETO**, Manuel: *Apostillas a la nueva ley de Arrendamientos urbanos*, FG, año XVI, núm. 111, enero-febrero 1959, págs. 18-35; núm. 112, marzo-abril 1959; págs. 81-110; núm. 114, julio-agosto 1959; págs. 249-286.

Prosigue el autor sus glosas a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos con copiosa aportación de jurisprudencia. En los números citados de la revista FG se refiere al capítulo XI de la Ley, relativo a las causas de resolución del contrato.

**BAYON CHACÓN**, Gaspar: *Aspectos jurídicos-formales de la génesis de los conflictos de trabajo*, RDP, octubre 1959; págs. 823-834.

Considerado el conflicto de trabajo como un fenómeno social, se presenta por el autor un esquema jurídico-formal del nacimiento de tal fenómeno, de la génesis del mismo. Pártense de valorar el conflicto como situación jurídica, se señalan sus etapas hasta que queda perfeccionado, se

intenta una clasificación. No hay conflicto de trabajo allí donde no haya una situación de oposición entre las partes de una relación jurídico-laboral individual o colectiva que altera la normalidad de la misma, tal como fué establecida y regulada por dichas partes, por los Sindicatos o por el Estado.

DE MAJO, Antonio: *Appunti sulla c. d. vendita a risparmio*, RDC, año LVII, números 1-2, enero-febrero 1959; págs. 50-69.

Procedente de Suiza comienza a difundirse cada vez más en Italia la llamada «vendita a risparmio», contrato por el cual una parte se obliga a pagar mediante entregas a cuenta una suma predeterminada y la otra se compromete a transferir la propiedad de una cosa cuando haya sidoenteramente pagada la suma convenida. Es la contrapartida de la venta a plazos. Naturaleza, mecanismo y vicisitudes de la figura, cuya designación en español sería «compraventa sobre ahorros».

FALQUI MASSIDA, Carlo: *Appunti sul sequestro liberatorio*, RDCC, año V, número 2, marzo-abril 1959; págs. 187-200.

Ambito de aplicación y naturaleza en el Derecho italiano del llamado secuestro liberatorio, previsto en el artículo 1.216 del Código civil para el supuesto de que el acreedor rehuse la entrega de inmuebles, y en el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, que prevé que dicho secuestro con relación a sumas de dinero o en general para cosas puestas de cualquier forma a disposición del acreedor para la liberación del deudor. La naturaleza es distinta según las hipótesis posibles que el autor indica.

FERRER MARTÍN, Daniel: *Negativa de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento por propósito de demolición*, RDP, septiembre 1959; páginas 744-760.

Estudio del propósito de demolición, previsto en el artículo 62 y desarrollados en los 78 y siguientes de la LAU, como causa de excepción a la prórroga en el arrendamiento urbano. Distingue el autor: elementos personales, reales y formales de la negativa de prórroga. Alude después al cumplimiento de las obligaciones contraídas y a supuestos especiales.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Reciprocidad arrendaticia con la República de Costa Rica*, BI, año XII, núm. 429, 1958; págs. 3-7.

El artículo 7 del Convenio de 9 de febrero de 1953 establece la reciprocidad entre costarricenses y españoles. El autor comenta el aspecto arrendaticio de esta reciprocidad indicando la legislación especial de Costa Rica en materia de arrendamiento urbano.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Justas causas para la no ocupación de viviendas*, BI, año XIII, núm. 435, 1959; págs. 3-4.

Breves comentarios al Decreto de 31 de octubre de 1958 en relación con las que deben considerarse como causas justas en el número 3.<sup>o</sup> del artícu-

lo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: no ocupación justificada de la vivienda a efectos de no denegación de prórroga.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Recoprocidad arrendaticia con Francia*, BI, año XIII, núm. 448, 1959; págs. 3-8.

La reciprocidad arrendaticia con Francia, que el autor comenta, se basa en el Convenio hispano-francés de 7 de enero de 1862 y en el Acuerdo interpretativo concluido, mediante canje de notas, en 17 y 28 de febrero de 1933.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *La reciprocidad arrendaticia con Uruguay*. BI, año XII, núm. 432, 1958; págs. 3-10.

Se rigen las relaciones hispano-uruguayas por el Tratado de 19 de julio de 1870. No se contiene norma alguna específica sobre el arrendamiento, pero en base a sus disposiciones cabe mantener una reciprocidad arrendaticia entre España y Uruguay. Indicación de las normas uruguayas relativas al arrendamiento y de sus aspectos más importantes.

HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel: *Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico*, RDP, julio-agosto 1959; págs. 621-640.

Comiéntase aludiendo a la relación del servicio doméstico con el Derecho del trabajo para a continuación fijar el concepto de este tipo especial de trabajo e indicar sus notas tipificadoras. Mecanismo de la relación jurídica de servicio doméstico. Problemas de seguridad social.

MENDOZA OLIVÁN, Víctor: *El contrato preliminar de arbitraje*, T, núm. 5, 1959, págs. 157-171.

Precedentes inmediatos de la ley de 1953. Concepto, requisitos, efectos materiales (otorgamiento del compromiso, formalización judicial) y efectos procesales del contrato preliminar de arbitraje. Considerase éste como un «negocio jurídico de derecho material por el que los que lo celebran se obligan a otorgar un compromiso para la decisión arbitral de las controversias jurídicas que entre ellos puedan surgir, relativas a la relación jurídica singular fijada, por lo menos de principio, en el mismo».

MENGONI, Luigi: *In tema di fideiussione prestata da società senza connessione con l'oggetto sociale*, RDC, año LVII núms. 3-4, marzo-abril 1959, segunda parte, págs. 146-156.

La fianza, extraña al objeto de la sociedad, prestada a favor de terceros por los administradores no produce efectos para la sociedad que no la haya ratificado. Asimismo, debe reputarse ilícita, y no apta para ampliar el objeto social, la deliberación de la junta ordinaria de una sociedad por acciones que disponga a favor de terceros una fianza extraña al objeto social. Comentarios a esta posición jurisprudencial (S. del Tribunal de Parma de

6 de febrero de 1957) y a otra decisión (S. del Tribunal de Turín de 28 de junio de 1957) que entiende que la concesión de fianza no es procedente si no se prevé en los estatutos de la sociedad concedente.

NÖRR, Dieter: *Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht*, ACP, tomo 158, cuaderno 1, 1959; págs. 1-15.

Una cláusula general que admitiera la indemnización dineraria de daños inmateriales sería contraria al Derecho alemán en la materia, ya que el § 253 BGB declara que ello sólo es posible en los casos determinados en la ley. Sin embargo, se observa en la jurisprudencia alemana una tendencia a conceder indemnizaciones en dinero por daños inmateriales. Consideración del problema por el autor, que arranca en su estudio de una sentencia del BGH de 14-II-58 que concedió indemnización en dinero por este hecho: difusión de una fotografía de un noble en un torneo, sin consentimiento del fotografiado, para propagar un producto que aumenta la energía sexual.

PRIETO CASTRO, Leonardo: *Meditaciones sobre aspectos materiales y procesales de la legislación arrendataria urbana*, RDP, diciembre 1959; páginas 1053-1064.

Ante la triste y paradójica realidad de que la Ley de Arrendamientos Urbanos es menos conocida cuanto más manejada, destaca el autor algunas cuestiones sustantivas y procesales de la misma: técnica y redacción de los preceptos, fuentes del Derecho material procesal, prejudicialidad jurisdiccional, normas rígidas y flexibles, abuso del derecho, notificaciones, acciones que recoge, aspectos procesales.

RULL, Baltasar: *Problemas judiciales de la subrogación arrendaticia en viviendas*, RGLJ, tomo 206, núm. 6, junio 1959; págs. 745-751.

Aspectos concretos de la subrogación en el arrendamiento urbano de viviendas: naturaleza jurídica, requisitos (el problema de la convivencia y sentido de ésta), aplicabilidad del artículo 25 de la Ley a la cesión ordinaria y a la cesión familiar.

SABATER, Antonio: *De la vigencia en Cataluña del art. 1.504 del Código civil*, RJC, año LVIII, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 516-540.

El artículo 1.504, no debe aplicarse en Cataluña. Demostración de esta tesis a base, especialmente, de la indicación de las fuentes legales vigentes en Cataluña sobre compraventa y pacto cemisorio.

##### 5. Derecho de familia

BLAS ZULETA, Luis: *El expediente de matrimonio civil en la nueva Legislación del Registro civil*, El año XIII, núm. 442, 1959; págs. 3-9.

Antecedentes y Derecho vigente en la materia de referencia. Sujetos del matrimonio civil y supuestos en que cabe, matrimonio canónico y civil, solicitud y prueba simultánea, tramitación ulterior, supuestos especiales.

**BLAS ZULETA, Luis:** *Proyección del matrimonio canónico en el Registro civil*, BI, año XIII, núm. 444, 1959; págs. 3-9.

Con el subtítulo de «Legislación vigente y concordada» se hace una somera indicación de las formalidades y aspectos civiles del matrimonio canónico.

**BOSCH, P. W.:** *Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht*, EF, año VI, cuaderno 7, julio 1959; págs. 265-267.

Ante la pretendida inconstitucionalidad de los §§ 1.628 y 1.629 del BGB en la redacción de la ley de equiparación de sexos de 1957 (derecho de decisión del padre y representación por éste de los hijos con preferencia sobre la madre), el autor defiende la armonía de esas normas con Ley Fundamental, siempre que sean integradas en el nuevo sistema jurídico alemán en torno a la familia y a la igualdad de sexos.

**CONDOMINES, Francisco de A.:** *La reciente reforma del Código civil*, RJC, año LVIII, núm. 3, mayo-junio 1959; págs. 295-311.

Fragmentarias consideraciones en torno a la reforma del Código civil por la Ley de 1958 en el aspecto de adaptación al Concordato y en materia de adopción. La reforma merece, en los aspectos indicados, una crítica favorable, puesto que recoge orientaciones actuales y colma necesidades actuales.

**GARCÍA CANTERO, Gabriel:** *La separación de los cónyuges en el matrimonio civil*, RDN, año VII, núm. 24, abril-junio 1959; págs. 7-51.

Se trata de un capítulo del libro del autor sobre «El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español», publicado por el Instituto Jurídico Español de Roma. Concepto de la separación, naturaleza, clases, causas de separación, efectos de la sentencia y causas que extinguen la separación. Referencia especial a la reconciliación.

**GATTI, Hugo E.:** *Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges*, RGLJ, tomo 207, núm. 1-2, julio-agosto 1959; páginas 7-140.

Amplio estudio, doctrinal y comparativo, en torno a la eficacia personal y patrimonial de la relación conyugal: generalidades, principios que gobiernan la legislación, tendencias actuales (en el aspecto personal y en el aspecto patrimonial). Enumeración y estudio particular de cada uno de los problemas y sistemas concretos.

**GAUL, Friedhelm:** *Der Zwiespalt zwischen Unterhalts-und Abstammungsurteil als rechtstheoretisches, rechtspraktisches und legislatorisches Problem*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 334-342.

En el ámbito de *lege lata* y en el de *lege ferenda*, y en vista de que el proyecto sometido al Bundestag sobre unificación y modificación de

algunas disposiciones del Derecho de familia contiene normas al respecto, estudia el autor el problema de la diversidad y disociación de la sentencia de alimentos y de la que constata o niega la descendencia. Se propugna la supresión de la indicada diversidad.

**BABSCHEID**, Walther J.: *Die Rechtsprechung zu den Folgen der Eheauflösung*. EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 317-324.

Consideración crítica de la jurisprudencia, en ojeada de conjunto, señalando tendencias y orientaciones, en relación con las consecuencias de la disolución del matrimonio en el derecho alemán: nombre, alimentos, destino del hogar, etc. Cuestiones sustantivas y procesales.

**HAEGELE**, K.: *Kann Errungenschaftsgemeinschaft (Fahrnisgemeinschaft) noch als eheliches Güterrecht neu vereinbart werden?*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 315-317.

El autor se refiere en primer lugar a las ventajas e inconvenientes de las formas de comunidad de bienes en el matrimonio (comunidad de adquisiciones y comunidad de muebles) derogadas por la Ley de equiparación de 1957. Indicadas después las normas de transición de ésta, entiende el autor que las razones que suelen aducirse para negar la posibilidad de pactar, después de la Ley de equiparación, las antiguas formas de comunidad de bienes mencionadas no son convincentes.

**KLEIN**, Frederic: *Rechtsprechung des Kassationshofs in Paris zu dem französischen Gesetz vom 15.7. 1955 betreffend Neuregelung der Ansprüche aus unehelicher Vaterschaft*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 350-351.

Puntos fundamentales de la jurisprudencia de casación francesa en relación a la Ley de 15-VII-1955, que mejoró la posición de los hijos ilegítimos en relación a sus pretensiones de alimentos.

**LAGUNA IBÁÑEZ**, Fernando: *El régimen convencional de separación de bienes: repercusión en el campo mercantil*, T, núm. 5, 1959; págs. 35-66.

Somera indicación de los distintos regímenes económicos en el matrimonio con especial referencia a la separación convencional de bienes y su posible contenido normativo en el Derecho español. Se lamenta el autor de la falta de un procedimiento para hacer efectiva la aportación de bienes del cónyuge moroso. Influencia de la actividad mercantil de la mujer en sus relaciones matrimoniales en el supuesto de separación de bienes. Supuestos diversos.

**MARTÍN BLANCO**, José: *Principios informadores de los nuevos sistemas económicos del matrimonio*, RDP, septiembre 1959; págs. 709-729.

El actual movimiento legislativo en materia de régimen económico del matrimonio se basa en cuatro principios: igualdad jurídica de los cónyuges,

ges, unidad o interés de la familia, funcionalidad de los poderes de los cónyuges e intervencionismo judicial. Dentro de las realizaciones legislativas se alude brevemente a la Ley holandesa de 1956, a la Ley alemana de 1957 y a la Ley española de 1958. Con anterioridad se ha indicado el Anteproyecto del Código civil francés.

**RAMMOS, Georg:** *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach griechischem Recht*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; páginas 347-349.

Indicado el Derecho anterior, se esbozan los principales aspectos de la posición jurídica de los hijos ilegítimos en el actual Derecho griego: Código civil vigente desde 1946. La regulación actual supone una mejora, pero no lleva a cabo la equiparación con los descendientes legítimos.

**REITHMANN, Christoph:** *Der Anwendungsbereich der Zugewinngemeinschaft*, EF, año VI, cuaderno 7, julio 1959, págs. 267-273.

Ambito de aplicación del nuevo régimen legal de bienes en el matrimonio, introducido en Alemania occidental por la Ley de equiparación de sexos: comunidad de ganancia. El problema se estudia con respecto a los matrimonios concluidos después de la entrada en vigor de la Ley: 1 de julio de 1958. Aspectos prácticos y consideración casuista de la cuestión.

**REITHMANN, Christoph:** *Die Überleitung chevertragsloser Ehen von Neubürgern in die Zugewinngemeinschaft*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 309-315.

Hecha una apreciación crítica del postulado de la no modificación del régimen de bienes en el matrimonio, el autor estudia esta cuestión en relación con el tránsito al régimen legal de bienes de la Ley de equiparación de 1957, de los refugiados que afluían a Alemania occidental. Cuestión puramente «interzonal».

**RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio:** *La patria potestad de la madre bínuba en el Derecho transitorio*, RDN, año VII, núm. 24, abril-junio 1959; páginas 287-300.

Dictamen en torno a si la entrada en vigor de la Ley de reforma del Código civil de 1958, produce el efecto de que la madre bínuba que perdió la patria potestad la recupere. Solución afirmativa.

**RODRÍGUEZ REGUEIRO, Antonio:** *El reconocimiento de los hijos naturales, según la nueva ley del Registro civil*, BI, año XIII, núm. 437, 1959; páginas 3-5.

Sonora indicación de las formas de reconocimiento de la filiación natural, tomando en cuenta las nuevas normas sobre Registro civil.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, T, núm. 4, 1958; 187-231.

Exégesis de la reforma del sistema matrimonial por la Ley de 24 de abril de 1958, y de las disposiciones reglamentarias que sirven de complemento. El sistema matrimonial, requisitos comunes, eficacia y formalidades civiles del matrimonio canónico, matrimonio civil, incompatibilidad de los vínculos.

SCHWIMMANN, Michael: *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegenüber Ausländern zur Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen geschiedenen Eltern und ihren Kindern*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959, págs. 325-334.

En la doctrina y en la jurisprudencia alemana nunca ha existido unanimidad en torno a los presupuestos y condiciones determinantes de la competencia de los Tribunales alemanes para reglamentar la relación jurídica entre padres extranjeros divorciados y sus hijos. Examen del problema.

WAHL, Eduard: *Zur Verfassungsmässigkeit des Stichentscheids des Vaters*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 305-309.

Aspectos de la discusión en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de §§ 1.628 y 1.629 BGB (poder de decisión del padre con preferencia a la madre) en su nueva redacción después de la reforma de 1957. Es ventajosa para el tráfico la norma que atribuye al padre la representación del hijo, en lugar de hacerlo al padre y a la madre. Para los asuntos importantes debiera haberse atribuido a la madre la posición de consejera.

ZIEGLER, Jürgen: *Doppelte Vaterschaft?*, EF, año VI, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1959; págs. 342-347.

En el Derecho alemán el único fundamento legal de la pretensión de alimentos de hijo ilegítimo contra su padre es el § 1.708 BGB. El § 1.717 sólo significa una presunción de determinados hechos. Existe sólo una relación jurídica de filiación ilegítima. Lo que, por lo general, se designa como «paternidad eficaz» a efectos de alimentos es sólo una constatación de la obligación alimenticia que se deriva del § 1.708 BGB.

#### 6. Derecho de sucesiones.

ALONSO LAMBÁN, Mariano: *Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales*, T, núm. 5, 1959, págs. 11-34.

Iniciado el trabajo con unas consideraciones generales sobre el problema indicado en el epígrafe se desarrolla la materia con arreglo a este esquema: testamento abierto (ante notario o ante testigos), testamento ce-

rrado, testamento ológrafo, testamento ante párroco, testamento mancomunado, formas especiales y excepcionales, testamento por comisario, instituciones mal llamadas testamentos. Consideración de cada tipo en las distintas «regiones». En el presente número de T. se llega hasta los testamentos mancomunados exclusivos.

**CASTÁN TOBEÑAS, José:** *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, RGLJ, tomo 207, núm. 3, septiembre 1959; págs. 243-318.

Bajo el epígrafe general indicado se analizan y valoran críticamente las cuestiones relativas a la crisis conceptual del Derecho sucesorio, al origen y desenvolvimiento histórico de la herencia, a la construcción dogmática de ésta, al carácter diferencial de heredero y legatario y al problema de la responsabilidad por las deudas de la herencia. En el presente número de RGLJ sólo se refiere el autor a los tres primeros problemas indicados.

**GARCÍA-BERNARDO, Alfredo:** *Designación «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática*, RDN, año VII, núm. 24, abril-junio 1959; págs. 75-137.

Entiende el autor que la «designación» es un concepto autónomo frente a la delación y a la vocación (que considera términos sinónimos y de idéntico contenido). La «designación» por la ley o por el testador es el hecho que opera la individualización del destinatario de la vocación. Efectos de la designación antes y después de la apertura de la sucesión. Clases de designación y consideración especial de la indirecta.

**GÓMEZ DE ENTERRÍA, Nicolás:** *No hay error legal en el párrafo segundo del nuevo artículo 841 del Código civil*, BI, año XII, núm. 427, 1958: páginas 3-7.

Pretende el autor demostrar que el artículo 841, párrafo 2º, en la nueva redacción no incurre en error de cálculo alguno. El problema de la concurrencia del cónyuge con ascendientes legítimos e hijos naturales debe resolverse sin que la legítima de los ascendientes deba, en tal caso, sufrir disminución. Al disminuirse en este supuesto la cuota del cónyuge, no hay por qué disminuir la de los ascendientes que debe seguir siendo la mitad (art. 809 nuevo).

**GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel:** *La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones «mortis causa» anteriores y posteriores del adoptante*, RDP, noviembre 1959; págs. 937-965.

La reforma del Código civil en 1958 introduce, en el nuevo artículo 174, la figura del pacto sucesorio a favor del hijo adoptivo. Es difícil de encarar esta figura en el sistema sucesorio del Código, sobre todo a falta de una teoría general de los pactos sucesorios. Aporta el autor orientaciones prácticas en torno a la relación del pacto con actos dispositivos *mortis causa* anteriores o posteriores del adoptante. Después de referirse al

pacto sucesorio en cuestión en la sistemática de nuestro Derecho sucesorio, alude a su posible contenido. A continuación se aborda la eficacia revocatoria del mismo en relación con disposiciones *mortis causa* anteriores y su relación con las posteriores.

LUTTER, Marcus: *Zua Umdeutung nichtiger gemeinschaftlicher Testamente von Nicht-Ehegatten*, EF, año VI, cuaderno 7, julio 1959; págs. 273-275.

Tomando por base una reciente decisión del Tribunal de Neustadt alude a la posible conversión en testamento ológrafo individual de una disposición de última voluntad escrita y firmada de propia mano por una de las partes en un testamento mancomunado otorgado por personas «no cónyuges». A juicio del autor nada se opone a la conversión indicada.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del art. 811 del Código civil*, RDP, mayo 1959; páginas 375-399.

Determinada en un número anterior de RDP la línea interpretativa del precepto, en el presente se enfrenta el autor con la localización sistemática del artículo 811 en el Derecho común de sucesiones y con la integración de aquél en éste. Se trata de un precepto de «Derecho singular» que representa un impacto en el régimen normal de la sucesión y que es de interpretación restrictiva. Examina a continuación el autor las posibles formas de integrar la norma: aplicación de las reglas de la troncalidad, utilización de las reglas de la reserva ordinaria, de los criterios de la analogía y a través de los principios generales del Derecho. Valoración crítica.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

BADÍA BATALLA, Francisco: *Algunas condiciones sobre el expediente de dominio*, RJC, año LVIII, núm. 3, mayo-junio 1959; págs. 330-340.

Aspectos de interés práctico en relación con el expediente de dominio en su triple finalidad legislativa. Escrito inicial, examen del Registro, estado actual de la finca, citaciones, convocatoria y prueba.

## III. DERECHO MERCANTIL

### 1. Parte general.

BARTHOLOMEYČIK, Horst: *La legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958; págs. 971-1006.

Estudio e indicación de los aspectos principales de la Ley alemana de 27 de julio de 1957 sobre cartels o «Ley contra las limitaciones de la libre competencia». Advertimos que en el propio fascículo de RS puede consultarse el texto íntegro de la Ley, en alemán (págs. 1107-1152).

**LIBONATI, Berardino:** *Osservazioni in margine alla nuova legge tedesca sui cartelli*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 1282-1299.

Notas en torno a la Ley alemana contra las limitaciones a la libre competencia (Ley contra los cartels de 27 de julio de 1957), comparando sus aspectos con la proyectada regulación italiana sobre la materia. A falta aún de decisiones jurisprudenciales no cabe adivinar si las numerosas excepciones contenidas en la Ley desvirtuarán su orientación básica.

**SANTINI, Gerardo:** *Concorrenza sleale ed impresa*, RDDC, año V, nám. 7, marzo-abril 1959: págs. 125-147.

Las normas italianas vigentes en materia de competencia desleal no resuelven el problema de determinar cuál es el interés tutelado por dichas normas y qué derecho surge, si es que surge, para el empresario. Se ha afirmado que el derecho reconocido tiene por objeto la «dazienda», un bien particular de la misma, un aspecto de la personalidad humana, o la empresa misma. El autor acusa a estas tesis de excesivo «construcionismo», ya que el deseo de encontrar un interés del empresario que sea elevado por la reglamentación a verdadero derecho subjetivo, contrasta con el concepto y la naturaleza de la empresa en el vigente Derecho italiano.

## 2. Comerciante y sociedades.

**ASCARELLI, Tullio:** *Ancora in tema di imprenditore oculto*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 1153-1184.

Tomando por base dos recientes fallos de la corte de Casación italiana, el autor ofrece unas consideraciones en torno al empresario oculto y su relación con el problema de la responsabilidad limitada o ilimitada del socio. La primera sentencia considera la exteriorización como requisito para la existencia de la sociedad; la segunda, entiende que, al ser aplicable al socio oculto ciertas disposiciones de la quiebra, también lo serán al empresario oculto, constatando su carácter de empresario real.

**BARBIERI, Ezio Maria:** *Deliberazioni di organi sociali, pubblicità immobiliare e forma della procura*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958: págs. 1220-1231.

Determinación de la forma que la ley requiere para las deliberaciones de las asambleas y de los consejos de administración con las cuales, ampliando los poderes estatutarios de los administradores, se autoriza al representante legal de una sociedad o al procurador especial de la misma a actuar la voluntad del órgano social, dando así vida al negocio deseado.

BATISTA MONTERO-RÍOS, José: *Las restricciones a la transmisibilidad «mortis causa» de las acciones mercantiles*, RDN, año VII, núm. 24, abril-junio 1959; págs. 53-76.

Estudio de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones, con referencia a la transmisión *mortis causa* de las mismas. Consideración de la doctrina nacional y extranjera respecto a las «acciones vinculadas» y supuestos posibles de cláusulas restrictivas: disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios, transmisión predeterminada en los Estatutos, derecho de adquisición preferente, en caso de fallecimiento de un socio, a favor de los demás.

BEVILACQUA, Giorgio: *Dimissioni della maggioranza dei consiglieri d'amministrazione e decadenza della minoranza per disposizione statutaria nelle società per azioni*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958: páginas 1199-1219.

Se examina el principio, discutido en el ámbito de la jurisprudencia, según el cual cuando por dimisión o por otras causas falte más de la mitad del número de los administradores en una sociedad por acciones, se entiende caducado todo el consejo y procede convocar la asamblea para nombrar a todos los administradores. Existencia de una cláusula semejante en los Estatutos y sentido y eficacia de la misma. La cláusula *simil stabunt simul carent* asegura a la asamblea el más libre ejercicio de su exclusiva competencia.

BIGIAMI, Walter: *Ingerenza dell' accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, RDDC, año V, núm. 2, marzo-abril 1959, segunda parte; págs. 144-175.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 18 de junio de 1958, según la cual pierde el beneficio de la limitación de la responsabilidad el comanditario que haya llevado a cabo actos de administración, aunque hayan sido de carácter interno. También el socio oculto de una sociedad comanditaria simple puede ser «acomandatario» (equivalente a nuestro socio colectivo), presumiéndose tal hasta que prueba lo contrario por su parte. Crítica desfavorable al sentido del fallo.

BROSETA PONS, Manuel: *Sulla legge spagnola delle società anonime del 17 luglio 1951*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958; páginas 1300-1314.

Destinadas al lector italiano se esbozan los aspectos más salientes de la Ley española sobre sociedades anónimas.

BRUNETTI, Giovanni M.: *Asociazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 373-586.

En relación con la posición de la jurisprudencia italiana intenta el autor deslindar la asociación en participación de la relación de trabajo sub-

ordinado, analizando además la posibilidad de conciliar en una misma relación la coexistencia de las dos figuras.

**CERAMI, Vincenzo:** *Sulla reclamabilità dei provvedimenti del presidente del tribunale in materia di società*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 559-572.

Traza el autor un cuadro completo de los acuerdos que, en materia de sociedades, puede tomar el presidente del tribunal indicando su respectiva naturaleza del acto de jurisdicción contenciosa o voluntaria. Estudio de los posibles medios de impugnación de los acuerdos, según su naturaleza. El autor opta por la tesis de la irreclamabilidad de los acuerdos. Fundamentación de la misma.

**COLOMBO, Giovanni E.:** *Osservazioni sulla natura giuridica delle cooperative*, RDC, año LVII, num. 3-4, marzo-abril 1959; págs. 142-152.

Examinadas las distintas doctrinas en torno a la naturaleza jurídica de las cooperativas, se entiende que éstas son sociedades, si bien no presentan los caracteres todos y los requisitos todos por el artículo 2.247 del Código civil italiano. De los tres requisitos de la sociedad (aportaciones, actividad económica en común, fin de lucro), falta uno en las cooperativas: son sociedades en las que el fin lucrativo se sustituye por uno mutualístico o de cooperación.

**COTTINO, Gasicoue:** *Le convenzioni di voto nelle società commerciali in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 477-497.

El autor, en un más amplio trabajo del que el presente no es sino un aspecto concreto, intentó demostrar que las convenciones sobre el voto han encontrado un amplísimo campo de aplicación en el ambiente económico actual. Se estudia el problema en las sociedades comerciales inglesas y norteamericanas, refiriéndose especialmente a la «company» y a la «corporation». Se analiza la «proxy» o mandato para participar en las asambleas, caracterizado ante todo por su carácter revocable. Este carácter se suprime mediante pactos de irrevocabilidad («votingtrust»). Indicación especial de la «close corporation» y de las sociedades de personas, en relación a los problemas estudiados.

**DANIELE, Mario:** *Limits di obbligatorietà della liquidazione nella società*, RDC, año LVII, núm. 1-2, enero-febrero 1959; 2.<sup>a</sup> parte, págs. 1-16.

La Corte de Casación italiana entiende que el procedimiento formal de liquidación es necesario en las sociedades registradas, pudiendo omitirse en las sociedades de personas no registradas cuando faltan relaciones activas o pasivas por liquidar (Sentencia 12 junio 1957). Comentario a la posición jurisprudencial, distinguiendo la liquidación-situación y la liquidación-procedimiento, y refiriéndolo éste a las sociedades simples y a las registradas.

DE FERRA, Giampolo: *Le garanzie a favore degli obbligazionisti*, RDC, año LVII, num. 1-2, enero-febrero 1959; págs. 13-49.

Los límites a la emisión de obligaciones en las sociedades por acciones pueden ser internos o externos. Estos últimos pueden, entre otros fines, proteger el interés de los futuros suscriptores en vista de la posible insolvencia patrimonial de la sociedad. El capital social, como tal, no es un fondo de garantía en sentido técnico. Consideraciones sobre posibles formas de garantía a favor de los obligacionistas: hipoteca, prenda, garantías colectivas.

FERRI, Giuseppe: *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 1184-1198.

Dejando al margen las consideraciones de carácter político, sin trascendencia práctica, se toman en cuenta algunos aspectos jurídicos de la separación o autonomización de las «haciendas» con prevalente participación estatal, frente a las organizaciones sindicales de otros empresarios.

GELPI, Antonio: *Ancora sulla nominatività: nominatività obbligatoria e facoltativa*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 467-476.

La «Ley Tremelloni», contenido disposiciones sobre la nominatividad obligatoria de las acciones de sociedades, en vigor en Italia desde el 1 de julio de 1956, produjo alteraciones en la Bolsa. El autor propone la posibilidad de acciones al portador o nominativas a elección del accionista, aplicando un impuesto especial a los réditos de las primeras, mientras que los réditos de las refundidas se integrarían en el rédito sujeto a un impuesto complementario progresivo. Sigue una apostilia de Ascarelli que no se muestra conforme con la orientación expuesta.

GRAVESON-THOMSON: *Se problema giuridico della nazionalizzazione e delle imprese pubbliche nel Regno Unito*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958, págs. 1007-1024.

Consideraciones en torno a las nacionalizaciones de empresas industriales y comerciales en Inglaterra. Razones prácticas e ideológicas, naturaleza de los órganos de la empresa estatal, control y administración de las industrias nacionalizadas, fines de las mismas, relaciones entre empresas públicas y privadas.

GUGLIELMETTI, Giannantonio: *Delegabilità di poteri per il compimento di affari sociali nelle società per azioni*, RS, año III, fascículo 3, marzo-junio 1958; págs. 498-517.

El creciente aumento de dimensiones de las empresas sociales y la necesidad de un funcionamiento dinámico de las mismas son causa de que en ocasiones sea preciso «delegar» la realización de ciertos negocios sociales.

Consideración de la jurisprudencia e indicación de los distintos susuestos; mecanismo, eficacia y ratificación de la delegación por parte de los órganos sociales.

LANZA, Amilcare: *Il curatore speciale processuale di società*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 534-558.

La legislación italiana, en el Código de Procedimiento civil, regula la figura del curador procesal especial para los supuestos de crisis de la *legitimatio ad processum* de las personas físicas incapaces, de las asociaciones y «comitatis» que no sean personas jurídicas, y de éstas cuando falte la persona física a quien corresponde la representación o la asistencia o cuando entre ésta y la persona jurídica exista conflicto de intereses. Estudio del curador especial con relación a la sociedad: presupuestos del nombramiento, procedimiento, responsabilidad del curador, reembolsos.

LIBONATI, Berardino: *Società di investimento e investiment trust*, RS, año III, fascículo 2, marzo-abril 1958; págs. 277-339.

Ante la creciente atención e interés que comienzan a despertar en Italia las «sociedades de inversión», analiza el autor los desarrollos y realidades que el «investment trust» ha alcanzado en la legislación alemana, suiza y francesa. La Ley alemana al respecto es de 16 de abril de 1957 y la francesa de 26 de julio de igual año.

MENGONI, Luigi: *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958; págs. 689-724.

Los cambios en la estructura de la empresa y en las relaciones sociales que en ella se desenvuelven se apoyan en un hecho de naturaleza tecnológica: la creciente concentración de capital industrial en grandes unidades de producción. A la creciente concentración de capital corresponde una creciente irrelevancia de la propiedad de los medios de producción como fuente del poder económico y como criterio de determinación de las clases sociales. Estudio y aspecto del fenómeno.

MICCIO, Renato. *La revoca della liquidazione nella società per azioni*, RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959; págs. 122-141.

Delimitadas la voluntad social y la de los socios en particular, así como los derechos de uno y otro tipo, se examina la naturaleza de la duración de la sociedad en el ámbito de la relación social. Cabe que se abrevie la duración de la sociedad por acuerdo de la junta. El autor se enfrenta luego con el problema de determinar si una vez disuelta la sociedad la asamblea tiene aún poderes para deliberar la revocación de la puesta en liquidación, lo cual significaría una prórroga de la sociedad. Se defiende la solución negativa.

MIGNOLI, Ariberto: *L'interesse sociale*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958: págs. 725-763.

En Italia, en general, se había acogido casi de forma unánime la doctrina según la cual el «interés social» (como interés de la sociedad) equivalía al interés común de los participes. Esta posición es contradicha por una reciente sentencia de la Corte de Casación (20 junio 1958) que entiende que reconocida al ente social una personalidad jurídica ello significa la personificación de un interés superior distinto del de los socios y objeto como tal de una tutela jurídica de carácter autónomo. Estudio crítico de la posición aludida a través de una amplia consideración del problema del interés social.

MORU, Giorgio: *Alle origini della società per azioni in Italia: la «Società Minerale» di Livorno*, RS, año III, fascículo 2, marzo-abril 1958; páginas 208-226.

Como contribución al estudio del problema de los orígenes de la sociedad por acciones en Italia se esbozan los rasgos y características de la Sociedad minera de Livorno de mediados del siglo XVIII. El esquema programático de esta entidad constituye un caso de constitución sucesiva, representando la sociedad en cuestión elementos de modernidad y progreso frente a otras entidades de la época. Se transcriben los «Estatutos» de la sociedad integros y textualmente.

NICITA, Antonio: *Pubblicità del decreto di nomina dei liquidatori di società in accomandita semplice emesso dal Presidente del Tribunale*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958: págs. 841-848.

Aspectos puramente prácticos de Derecho italiano en torno a la procedencia o improcedencia de la publicidad del decreto de nombramiento de liquidadores en la sociedad comanditaria simple. Revisiones legislativas.

NOBILI, Raffaele: *L'esclusione del diritto d'opzione*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958; págs. 764-821.

Según el artículo 2.441 del Código civil italiano el derecho de opción es el derecho (abstracto) que tienen los accionistas a la oferta, por parte de la sociedad, de las nuevas acciones emitidas con ocasión de todo aumento de capital. El derecho de opción es inderogable e irrenunciable, pero se consiente que, con referencia a un concreto aumento de capital, semejante derecho sea excluido o limitado por la asamblea. Estudio de los límites y supuestos de este poder excepcional de la asamblea en su mecanismo y eficacia.

PASTERIS, Carlo: *La revoca dello stato di liquidazione nella società di capitale*, RS, año III, fascículo 4-5, julio-octubre 1958; págs. 822-840.

Con motivo de una sentencia de la Corte de Apelación de Turín el autor estudia el problema de la liquidación del estado de revocación en las

sociedades de capital. Posiciones doctrinales. Crítica de la tesis de irrevocabilidad. Revocación por unanimidad o por mayoría. Resolución de la revocación.

**PETTITI, Domenico:** *Su alcune questioni di compensazione in materia di società di persone*, RDC, año LVII, núm. 1-2, enero-febrero 1959; 2.<sup>a</sup> parte, págs. 20-24.

Comentario laudatorio a la sentencia de la Corte de Casación italiana de 1 de abril de 1958 que considera como posible que el tercero a quien un socio reclama el pago de una deuda personal puede oponer la compensación del crédito que tenga contra la sociedad. Se trata de una sociedad de hecho. La única excepción que en tal caso compete al socio es la excusión preventiva del patrimonio social.

**Rossi, Guido:** *Controllo pubblicistico sulle società per azioni*, RS, año III, fascículo 3, mayo-junio 1958; págs. 518-533.

Observaciones en torno a la Ley italiana de 4 de marzo de 1958, relativa a los «balances-tipo» que han de formar las sociedades eléctricas. Virtudes y defectos de la Ley, entendiendo el autor que la disciplina de los balances representa el núcleo central de toda moderna legislación sobre sociedades por acciones y un aspecto del control de éstas por el Estado.

**SIMONETTO, Ernesto:** *Sul trasferimento delle quote degli accomandatari*, RDC, año V, núm. 2, marzo-abril 1959; 2.<sup>a</sup> parte, págs. 175-183.

Tomando por base los fallos de Tribunales italianos (Tribunal y Corte de Apelación de Turín), que resuelven en sentido contrario la cuestión de la validez o nulidad de la cláusula de libre transferencia de las cuotas de los socios colectivos en la sociedad comanditaria, el autor entiende más correcta la tesis de la nulidad.

**SOCIETÀ:** *Progetto di legge sulle dello Stato d'Israel (1957)*, RS, año III, fascículo 6, noviembre-diciembre 1958; págs. 1315-1375.

Transcripción literal en inglés del Proyecto de Ley sobre sociedades del Estado de Israel. Primera parte: Limited Companies (private companies y public companies). Segunda parte: Otras formas de compañías. Tercera parte: Compañías extranjeras. Cuarta parte: Disposiciones comunes.

**ULMER, Eugen:** *Le azioni nominative vincolate*, RS, año III, fascículo 2, marzo-abril 1958; págs. 416-428.

La transferencia de las acciones nominativas puede a veces hacerse depender de la aprobación de la sociedad. Esta limitación se impone y justifica por especiales consideraciones que son la razón de ser de estas «cláusulas de aprobación». En la estructura de la sociedad de capital se mezcla entonces un elemento de matiz personal. Ello hace que surjan problemas de naturaleza particular, que el autor examina.

### 3. Cosas mercantiles.

FERREIRA, Valdemar: *Il Diritto cambiario brasiliano e la legge uniforme di Ginebra*, RDC, año LVII, núm. 1-2, enero-febrero 1959; págs. 1-12.

El Derecho cambiario brasileño, contenido inicialmente en el Código de Comercio de 1850, y reformado, germanizándose, en 1908, no coincide con la Ley uniforme de Ginebra de 1930, pero puede afirmarse que la ley brasileña es la más próxima a la legislación uniforme, teniendo, en muchos aspectos la virtud de haberla anticipado en muchos años.

PELLIZZI, Giovanni L.: *Esercizio del diritto cartolare e legittimazione attiva*. RDCC, año V, núm. 2, marzo-abril 1959; págs. 148-186.

Considerada la «legitimación cartular», como relación de carácter real entre un sujeto y un documento a la que se liga, en algunos tipos de documentos, la titularidad a favor del sujeto, examina el autor, en esta primera parte de su trabajo, el efecto de la indicada hipótesis de hecho en lo que hace referencia al ejercicio del derecho documentado: la llamada legitimación activa. Consideradas en su aspecto crítico las distintas concepciones en torno a dicha legitimación se ve en ella el efecto de la legitimación cartular en materia de ejercicio del derecho, quedando limitados sus efectos al campo meramente probatorio.

### 4. Obligaciones y contratos.

GAMBINO, Agostino: *In tema di retroattività degli effetti del contratto di assicurazione e di decorrenza del premio*, RDC, año LVII, núm. 1-2, enero-febrero 1959; 2.ª parte, págs. 43-52.

Declara la Corte de Casación que no cabe la existencia de un contrato de seguro válido sin la efectiva existencia de un riesgo. No surgen, pues obligaciones derivadas del contrato antes de la aparición del riesgo. Es fundamental, pues, la determinación del momento de perfección o, mejor, de «aparición» del contrato (S. de 30 octubre 1958). Comentario crítico del fallo.

RODIERE, René: *La responsabilità delle agenzie di viaggio*, RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959; págs. 81-94.

La legislación francesa no reglamenta las agencias de viaje, limitándose a señalar la necesidad de licencia para dicha profesión. El contrato con los clientes está sin disciplinar en su concepto de tal. Examen de la responsabilidad de las agencias en los supuestos de daños causados por ellas mismas y en los daños causados por hechos de terceros.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F. Miguel: *Régimen de embargos y ejecuciones contra servicios públicos de transportes*, RJC, año LVII, núm. 3, marzo-abril 1959; págs. 323-329.

En materia de embargos y ejecuciones de servicios públicos de transportes han de colocharse por encima del interés del acreedor los intereses

públicos en la no interrupción del servicio mismo. Aspectos del problema en ferrocarriles, transportes por carretera y otros servicios de transportes.

##### **5. Derecho marítimo y aeronáutico.**

PELLÓN RIVERO, Ricardo: *El abordaje aéreo*. T. núm. 4, 1958; págs. 95-112.

Resumen de la tesis doctoral del autor: concepto del abordaje aéreo (colisión entre dos o más aeronaves en movimiento con daños a una o a varias), clase de abordaje (culpable, fortuito, con culpa concurrente y dudoso), el daño y el resarcimiento.

##### **6. Derecho de Quiebras.**

DE MARTINI, Angelo: *La «cessio bonorum» nel concordato preventivo*. RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959; 2.ª parte, págs. 85-107.

La cesión de los bienes a los acreedores en el concordato preventivo se concreta en un mandato, conferido por el deudor a sus acreedores, para que «gestionen y liquiden» sus bienes, los cuales, por esto, siguen siendo de su propiedad hasta que finalice la liquidación. En la liquidación post-concordataria no subsisten como tales los órganos del concordato que, aun conservando ciertos derechos de vigilancia sobre la puntual ejecución del concordato, permanecen extraños a las operaciones típicas de liquidación. Comentario crítico a la doctrina anterior, establecida por la Corte de Casación italiana en sentencia de 9 de mayo de 1958. Entiende el autor que no cabe, debido a la variedad de hipótesis, una calificación unitaria de la *cessio bonorum* concordataria.

IBARRA FRANCO, Martín: *La retroacción absoluta de la quiebra en el Derecho español*, T. núm. 5, 1959; págs. 143-154.

Resumen de la tesis doctoral del autor. Es urgente la reforma de la anticuada legislación de quiebras española; pero, sobre todo, es precisa la supresión del principio de la retroacción. Sólo suprimiendo el párrafo segundo del artículo 878 del Código de comercio dejará de ser nuestro Derecho una excepción de la regla general establecida por el Derecho comparado que o no tuvo en cuenta el principio de la retroacción o la abandonó con posterioridad.

IBARRA FRANCO, Martín: *El endosatario de una letra de cambio y la retroacción absoluta de la quiebra*, RJC, año LVIII, núm. 4, julio-agosto 1959; págs. 541-554.

Uno de los más interesantes aspectos derivados del sistema de la retroacción absoluta de la quiebra es la repercusión que tiene en los medios bancarios en materia de legitimación pasiva cuando el que tuvo relaciones comerciales con el quebrado no cobró directamente del mismo, sino a través de una entidad bancaria. Influencia de la quiebra del librador de una letra en la operación indicada.

#### IV. DERECHO NOTARIAL

CARUSI, Pietro: *Die dreizehn juristische Elemente entnommen aus der notariellen Praxis*, ACP, tomo 158, cuaderno 1, 1959; págs. 37-46.

La actividad notarial se manifiesta normalmente en negocios jurídicos que afectan a las necesidades fundamentales del individuo o de la comunidad. La actuación del notario se basa en unos elementos jurídicos que a su vez pueden extraerse de dicha actuación: concepto, objeto, título jurídico, sujeto del derecho, fundamento jurídico, naturaleza jurídica, presupuestos o requisitos, protección legal, efectos, efectos paralelos, regulación negocial, protección administrativa y protección judicial.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *La prohibición del interlineado en las matrices mecanografiadas*, EDN, núm. 24, abril-junio 1959; págs. 269-284.

El Decreto de 8 de agosto de 1958 modifica el artículo 152 del Reglamento Notarial, en el sentido de permitir a los notarios el uso de la máquina de escribir o cualquier otra medio gráfico similar en la extensión de las matrices de los instrumentos públicos. Se comenta desfavorablemente la prohibición de interlineados en las matrices mecanografiadas.

#### V. DERECHO PROCESAL

##### 1. Introducción.

BOULTON, William B.: *El foro inglés. Historia, organización y normas de conducta*, RDEA, año III, núm. 16, noviembre-diciembre 1958; págs. 587-602.

Referencias divulgadoras al sistema jurídico inglés, a la historia y organización del foro y a la disciplina y ética profesional.

##### 2. Parte general.

GARCÍA-GALÁN Y CARABIAS, Eduardo: *Pacto sobre el pago de futuras y posibles costas procesales; su validez o nulidad. Pacto sobre igualatorio jurídico, o sueldo, entre un particular y un letrado ¿puede aprovecharse del mismo la parte litigante adversa si fuere condenada judicialmente en las costas de un proceso?*, BI, año XIII, núm. 440, 1959; págs. 3-6.

En contra de la opinión dominante se afirma, siguiendo a Plaza, que el pacto entre partes sobre las costas no vincula al juez. Es válido el contrato de arrendamiento con un letrado para la prestación de sus servicios mediante sueldo o por un tanto alzado. La parte contraria condenada en costas no puede aprovecharse de este pacto.

MARTÍN DEL BURGO, Angel: *La función judicial en España*, RGLJ, tomo 207, núm. 3, septiembre 1959; págs. 319-369.

Una política de perfeccionamiento en materia de organización judicial necesita, a juicio del autor, la creación de un Derecho judicial autónomo,

de una revista, ciertos mejoramientos en el régimen de la Escuela, estudios en el extranjero, buenas bibliotecas judiciales y una mayor especialización.

**MARTÍNEZ CABRERO, Antonio; VÁZQUEZ GUERRERO, Francisco Daniel:** *El Anteproyecto de Reforma judicial francesa*, BI, año XIII, núm. 433, páginas 3-16.

Aspectos esenciales del Anteproyecto de Reforma judicial francesa, precedidos, para su mejor comprensión, de unas breves notas sobre la organización judicial en su estado anterior a la reforma proyectada. Causas de la reforma, aspecto orgánico. Texto del Anteproyecto.

**MARTÍNEZ-RUIZ, Luis Fernando:** *La justa medida en que el juez de lo civil queda vinculado por una sentencia penal anterior*, RDP, julio-agosto 1959; págs. 602-621.

La regla del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece proceder del antiguo Derecho francés: «Le criminal tient le civil en état.» Responde a la idea de que el juez de lo civil está en cierta medida obligado a seguir la sentencia penal. De no ser así no tendría justificación el indicado precepto. Analiza el autor la sentencia penal, en sus diversos aspectos y según el contenido de sus declaraciones, en función de su autoridad sobre lo civil: declaraciones relativas al elemento material del delito, relativas al elemento moral, calificación penal, pena, causas de justificación, daños causados.

**MUÑOZ ROJAS, Tomás:** *El interés en el proceso civil*, T, núm. 4, 1958; páginas 45-66.

El interés procesal se concreta en la necesidad y utilidad de la actividad jurisdiccional, siendo además una condición necesaria para obtener una sentencia favorable. El interés procesal hace referencia a la necesidad de tutela jurisdiccional, desarrollando, por tanto, su eficacia en el proceso y no en las relaciones jurídicas privadas. El autor desarrolla así el trabajo: aspectos generales del interés; presupuestos procesales y condiciones de la acción (interés *ad agire*; acción e interés; interés y recurso; interés del demandado; interés e intervención procesal; carga de la prueba o interés; interés y legitimación; autonomía del interés procesal).

**RULL, Baltasar:** *La reforma de la organización judicial en Francia*, RGLJ, tomo 207, núm. 1-2, julio-agosto 1959; págs. 141-149.

La organización judicial francesa en el fondo mantenía las bases generales de la legislación napoleónica. Se han introducido fundamentales reformas por los Decretos de 23 y 24 de diciembre de 1958, que el autor indica someramente.

### 3. Procesos especiales.

ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Acotaciones sobre los interdictos de retener y de recobrar la posesión*, RDP, noviembre 1959; págs. 966-977.

Deficiencias del mecanismo procesal de los interdictos de retener y recobrar la posesión en el Derecho español. Se propone: a) La supresión testifical preliminar. b) La admisión de todos los medios probatorios. c) El establecimiento de una audiencia final de las partes que cierre preclusivamente el proceso.

ARTILES DE CÓRDOBA, Francisco: *De las respectivas contestaciones al requerimiento y demanda denegatorios de la prórroga en la vigente ley de Arrendamientos Urbanos*, RFC, año VII, núm. 20, 1958; págs. 33-42.

Se enfrenta el autor con una cuestión concreta en materia de negación de prórroga arrendataria: la de determinar si la LAU obliga al inquilino a esgrimir las mismas causas de oposición en la contestación a la demanda que las expuestas en la contestación al requerimiento denegatorio de la prórroga. Se opta por la afirmativa y se fundamenta.

CAPPELLETTI, Mauro: *Effetti preclusivi nel processo civile delle pronunce costituzionali*, IM, año IX, fascículo 4, diciembre 1958; págs. 496-518.

En una sentencia de 22 de enero de 1958 las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana se han pronunciado sobre una cuestión enormemente debatida: la eficacia y la autoridad de las sentencias de desestimación de la Corte Constitucional, concediéndolas un valor preclusivo y eficacia de cosa juzgada. El autor se muestra contrario a semejante orientación.

DE VEGA RUIZ, José Augusto: *Caso práctico: ¿puede ejercitarse el interdicto de recobrar la posesión para derribar una edificación?*, BI, año XII, núm. 430, 1958; págs. 3-12.

A juicio del autor debiera reformarse la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de no haber lugar al interdicto de recobrar la posesión, sino al de obra nueva cuando el despojo consista en una edificación de importancia.

GIANNINI, Amadeo: *La prassi arbitrale italiana*, RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959; págs. 95-111.

Indicado el horizonte general del arbitraje en el Derecho italiano, en el aspecto público y privado, y recogidas las recomendaciones de la Conferencia de Nueva York, se reconoce que es una institución no demasiado extendida. Se propugna una mayor radio de acción del arbitraje, señalando sus ventajas. Una de ellas es la posibilidad de unas soluciones rápidas, imposibles en la vía judicial.

- GÓMEZ DE ENTERRIA, Nicolás: *La rebeldía en lo contencioso-administrativo*, BI, año XIII, núm. 441, 1959; págs. 3-6.

Las particularidades de la rebeldía en el ámbito contencioso-administrativas derivan de que no todos los intervenientes en el proceso pueden llegar a ser rebeldes, de que la rebeldía no requiere una declaración especial y de que, en consecuencia, no son idénticos los efectos procesales de la inactividad de los demandados que no comparecieron oportunamente.

- GÓMEZ DE ENTERRIA, Nicolás: *El reconocimiento, en vía administrativa, de las pretensiones actuadas en recurso contencioso*, BI, año XIII, núm. 446, 1959; págs. 3-8.

Entre los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo cobra especial importancia el reconocimiento del derecho del actor por parte de la Administración demandada. Este reconocimiento es un acto administrativo, mientras que el allanamiento supone un acto procesal. Supuestos de reconocimiento.

- JAEGER, Nicola: *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, IM, año IX, fascículo 4, diciembre 1958; págs. 446-464.

Esbozados los aspectos y líneas generales de la institución de la Corte Constitucional italiana—encargada de velar por la conformidad de las leyes ordinarias con las de carácter constitucional—, se indican las reglas sobre su composición, competencia, eficacia de normas diversas. Consideraciones sobre resultados de conjuntos.

- KNOPP, A.: *Das Gesetz über die Änderung der Pfändungsfreigrenzen*, EF, año, VI, cuaderno 7, julio 1959; págs. 276-278.

Finalidad y delimitación, evolución de la cuestión y particularidades de la nueva Ley alemana de 26-II-1959 sobre modificación de los límites de las cantidades y cuotas no sujetas a posible embargo.

- MIGUEL ALONSO, Carlos: *El nuevo proceso administrativo*, FG, año XVI, núm. 111, enero-febrero 1959; págs. 3-16.

Después de referirse a los antecedentes de la reforma introducida en lo contencioso-administrativo por la nueva Ley de 1956, se estudia la jurisdicción y el proceso en la misma refiriéndose el autor al objeto del recurso, a los tribunales, a las partes y al procedimiento. La nueva ley supone un paso decisivo en la estructuración de las garantías del administrado.

- NOBILI, Raffaele: *Reconoscimento di todo straniero e validità della clausola compromissoria*, RDC, año LVII, núm. 3-4, marzo-abril 1959; 2.<sup>a</sup> parte, págs. 124-141.

Entre un empresario italiano y una sociedad alemana se celebra un contrato que, en su eficacia y mecanismo, remite en bloque a las condiciones de la «London Oil and Tallow Trades Association». En éstas se prevé la solución de las controversias por arbitraje. En el contrato en cuestión las

partes no hicieron referencia directa al arbitraje; ésta se comprendía en la remisión en bloque a las citadas condiciones. La validez de esta «cláusula compromisoria» debe apreciarse en base a la ley individualizada a través de las normas italianas de Derecho internacional privado. Comentario a esta posición jurisprudencial italiana. (Sentencia Corte Apelación de Florencia, 10 junio 1958.)

**REOL SUAREZ, Antonio:** *Recurso de casación obligado en lo social*, RDP, junio 1959; págs. 476-483.

Aspectos prácticos y mecanismo de la casación en el procedimiento laboral, refiriéndose especialmente a la posición de los letrados de oficio en relación con la interposición obligada de no devolver los autos en el término legal. Práctica de los Tribunales y posibles soluciones.

**RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo:** *Juicio ejecutivo promovido por representación*, RGLJ, tomo 206, núm. 6, junio 1959, págs. 752-765.

Indicadas las posiciones doctrinales en torno al juicio ejecutivo y la esencia de los títulos de este carácter, atúdese a la obligación productora del título ejecutivo y a sus requisitos. Se analiza después el problema de la oposición y el de la legitimación de las partes. Criticando unos recientes fallos judiciales, el autor se muestra partidario de la posibilidad de promover por representación el juicio ejecutivo.

**RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano:** *La Legge spagnola del 27 dicembre 1956 sul contenzioso amministrativo*, IM, año IX, fascículo 4, diciembre 1958; páginas 549-556.

Principios inspiradores, estructura, proceso y procedimiento en la Ley española de lo contencioso-administrativo de 1956. Notas destinadas al lector italiano.

#### 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 del 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 México.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.

BMI = Boletur do Ministerio 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 (Antioquia).
- 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 (Ordres).
- 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 (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für öffentliches 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.
- RCD = 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).
- 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 Generale delle Obligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra)
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- 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).
- REVL = 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 (Caracas).
- 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 (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- KIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Scienza 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).
- KLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista de Notariado (Buenos Aires).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPII = 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 (Millán).
- 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 = Temis. Revista de Ciencias y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# 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

1. EL RETRACIO LEGAL ARRENDATARIO ES EFICAZ CONTRA TERCEROS QUE INS-  
CRIBIERON SU DERECHO EN EL REGISTRO, AUN CUANDO EL RETRAYENTE  
NO HAYA ANOTADO LA DEMANDA.

a) La finalidad de este retracto es facilitar el acceso a la propiedad de los cultivadores de la tierra mediante el reconocimiento de un derecho preferente fundado en poderosas razones de interés social, constitutivo de una limitación al derecho dominical en cuanto coarte la libertad del propietario para disponer de las cosas que le pertenecen.

b) El artículo 37 de la Ley Hipotecaria, a partir de la reforma de 1969, establece que el retracto legal se dé contra todo tercer adquirente aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, enerva el principio de fides pública y las energicas defensas que la inscripción lleva consigo todo titular inscrito que reúna los requisitos del artículo 34, lo que entraña graves peligros e inseguridades para la contratación inmobiliaria por las múltiples variedades de retractos reconocidos en la legislación vigente, de los que no hay el menor indicio de existencia en los libros del Registro y que, al actuar a modo de cargas ocultas, perjudican el tráfico jurídico y la seguridad del crédito territorial.

c) Con arreglo a los artículos 1.511 y 1.518 del Código civil, la subrogación del comprador tiene lugar en el momento mismo de la transmisión, y el retrayente adquirirá la finca vendida libre de toda carga, gravamen o hipoteca, constituida con posterioridad al negocio jurídico origen del retracto, sin que el no haber solicitado el arrendatario anotación preventiva de su derecho debe impedir la inscripción de la escritura de retracto, puesto que:

1.<sup>o</sup> Dados los términos del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, tal anotación habrá de ser inoperante, ya que establece que si el acto dispositivo fuese anterior a la anotación de demanda, aunque la inscripción se hubiera practicado con posterioridad a aquélla, ha de ser oido el titular, porque de lo contrario bastaría realizar un acto de disposición o gravamen sobre la finca retraída para impedir la ejecución de cualquier resolución que declare el retracto.

2.<sup>o</sup> Porque si bien el rango de los derechos reales inscribibles se determina por la fecha de su inscripción en el Registro, el retracto legal, como derecho real de adquisición, gozará de prioridad aun frente a los derechos inscritos por tercera personas, conforme declara el artículo 37 de la Ley Hipotecaria; y

3.<sup>a</sup> Porque la pérdida de dominio de la finca con carácter retroactivo priva de eficacia a todos los actos del comprador, y, en su consecuencia, procederá, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2.<sup>a</sup> del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación automática de los asientos que se hubieran podido practicar. (Resolución de 8 de mayo de 1959: *B. O.* del 2 de junio de 1959.)

**2. CANCELACIÓN, POR CADUCIDAD, DE ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO DECRETADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.**

(Res. de 16 de marzo de 1959. «B. O.» del 13 de abril.)

NOTA.—El problema planteado en esta resolución relativo a la falta de coincidencia de la duración de las anotaciones con las de los acontecimientos judiciales, se evita, para lo sucesivo, con la última reforma del Reglamento Hipotecario, al disponer el artículo 18, que no se cancelarán hasta la resolución definitiva firme en el procedimiento en que se hubieren decretado.

**3 CANCELACIÓN, POR CADUCIDAD, AL AMPARO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LEY HIPOTECARIA, DE UNA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA CONSTITUIDA EN GARANTÍA DEL PAGO DE UNA POLÍZA DE CRÉDITO PERSONAL Y DETERMINADOS EFECTOS CAMBIARIOS.**

(Res. de 9 de mayo de 1959. «B. O.» del 2 de junio.)

NOTA.—La resolución mencionada se limita a aplicar rectamente la disposición transitoria tercera de la Ley Hipotecaria, por estimar que la afirmación de que la inscripción de hipoteca es ineficaz, «no puede desvirtuarse por hipotéticas posibilidades que no resultan de ningún asiento registral y que, de tenerlas en cuenta, destruirían la finalidad perseguida por la reforma legal».

**4. EL RECONOCIMIENTO POR EL PROPIETARIO DE UNA FINCA DE QUE LA BANDILLA COLOCADA EN PARED PROPIA NO IMPLICA SERVIDUMBRE A SU FAVOR QUE GRAVE EL PREDIO CONTIGUO, HA DE ESTIMARSE COMO INOPERANTE PARA EL REGISTRO, PORQUE NO ALTERA EL MODO DE SER NORMAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

*a:* El Registro ha de discriminar entre los actos que pretenden inscribirse, los derechos y figuras jurídicas que tengan carácter real según la Ley, y aquellos otros pactos de naturaleza obligacional que sólo producen efectos interparés y que si tuvieran acceso al Registro desnaturalizarían la institución.

*b:* El reconocimiento por el propietario, en la escritura calificada, contiene una declaración unilateral obligatoria sin trascendencia real que para

ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el artículo 7.<sup>o</sup> del Reglamento Hipotecario, tropieza con la reiterada doctrina de la Jurisprudencia de la Dirección General, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de derecho real.

c) La propiedad, derecho de gozar y disfrutar de las cosas, es naturalmente libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y lo que ha de determinarse, cuando existan, son únicamente sus restricciones o limitaciones, no las mismas facultades que integran el propio derecho de dominio. En consecuencia, el reconocimiento del propietario hecho en la escritura calificada, es inoperante para el Registro, ya que aunque se estimease servidumbre de carácter negativo, el plazo para su adquisición por prescripción no podía comenzar a contarse, según el artículo 558 del Código civil, hasta el día en que se prohiba por acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución de aquello que le hubiera sido lícito realizar de no existir la servidumbre. (Res. de 1.<sup>o</sup> de agosto de 1959; *B. O.* de 19 de septiembre.)

#### **DERECHO MERCANTIL**

##### **Sucursal y agencia desde el punto de vista del Registro Mercantil**

Debe entenderse que en la expresión «sucursal», contenida en un poder, está comprendida la dependencia que con la denominación de «agencia» consta inscrita en el Registro Mercantil. (Res. de 16 de mayo de 1959; *B. O.* de 9 de junio).

#### **DERECHO CIVIL**

**PRETERICIÓN Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.**—*La omisión de un nieto en el testamento de la abuela, nacido con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, pero heredero forzoso por haber premuerto su instituido padre a la causante, origina un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código civil, sin que quepa aplicar el Derecho de representación en favor del nieto en lo relativo a los denominados tercios de mejora y legítima.*

a) El derecho de representación es un supuesto típico de la denominada vocación que, aun faltando por premoriencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que la Ley reconoce de un modo directo al descendiente representante. Sus notas características consisten en suceder por derecho propio, sucesión por estirpes y obligación de colacionar no sólo lo recibido del causante, sino también lo que hubiera recibido del denominado ascendiente representado.

b) El llamamiento directo a suceder que, en favor de determinada estirpe o persona realiza la Ley, no es institucionalmente compatible con la vocación testamentaria, a la que se ha provisto de otro medio similar, cual es la sustitución, sin que una exégesis de nuestro Código civil permita

amparar una tesis de aplicación común a ambas sucesiones. De los artículos alegados en apoyo de esta pretendida expansión, resulta que el artículo 766 se refiere a herederos voluntarios que premueren al testador o renuncian a la herencia o son incapaces de heredar; el artículo 925 no puede ser aplicado con la simple base de una interpretación gramatical, y, finalmente, el artículo 929, en su remisión a la desheredación, lo único que deja sentado es que, por el cauce de la nulidad de la institución de heredero, podrá darse el derecho de representación en la sucesión legítima.

c) Dada la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación de sucesión testamentaria y rechazados los textos legales en que se pretende fundaría, no parecen estimables los intentos—repetidos en la doctrina—de hacer posible un funcionamiento diverso del *ius representationis* en los tercios de parte libre, legítima y mejora, de forma que quepa su aplicación en alguno de ellos y no en los restantes. Pasando por la contradicción que tal postura significa, puesto que la misma lógica institucional exige un tratamiento común, y excluido el problema en lo relativo al tercio libre, por la casi unanimidad de la doctrina, tampoco es clara su aplicabilidad a los tercios de mejora y legítima.

d) Respecto al tercio de legítima, los argumentos favorables a la aplicación del derecho de representación, descansan en los artículos 761 y 857 del Código civil, que aparte de no referirse al supuesto de premoriencia, no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzados de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria, y la exclusión del padre en el usufructo y en la administración de los bienes heredados, pero sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación, pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una cuota de la herencia, que la doctrina parece no admitir en nuestro Derecho, sino que conducirán al absurdo de reconocer solamente por vía de representación a dichos herederos forzados la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que, en el supuesto de preterición, el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada con las posibilidades de recibir una cuota mayor.

e) Respecto al tercio de mejora, el problema de la no aplicación del derecho de representación, aparte de resultar prácticamente resuelto por los dos considerandos anteriores, ya que inevitablemente debe merecer la calificación de cualquiera de ellos, además, resulta también aclarado por su propia naturaleza de derecho personalísimo, por la libertad de disposición que tal institución entraña—mejora de los nietos en vida de los padres—y, sobre todo porque la mejora, si existe, ya no es legítima propiamente dicha al descansar en la voluntad testamentaria, lo que—dentro de ciertos límites—la hace gozar, en el aspecto que aquí nos interesa, del trato de la parte libre reduciéndola a un supuesto similar al de aquélla, en la que de modo casi unánime la doctrina reconoce la imposibilidad de aplicar el derecho de representación.

*f;* Lo expuesto anteriormente conduce a estimar existente en el caso discutido, un supuesto de preterición regulado en el artículo 314 del Código civil, y que al no reconocer nuestro cuerpo legal diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional—no obstante las razones existentes para tal diferenciación—se produce el resultado que tal artículo sanciona: el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras, sin que las razones de tipo metajurídico o de derecho de constituyentes, alegadas por los tratadistas para impedir este resultado a través del derecho de representación, una vez rechazadas por falta de fundamento legal, puedan ser tomadas en cuenta en este recurso—no obstante el fondo sociológico inicialmente acertado de las mismas—, máxime cuando la última reforma de nuestro Código civil se abstuvo de regular y resolver el problema, a pesar de que era, sin duda, conocido por el legislador.

*g.* Si bien el Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripción en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido, si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión *ab intestato*, doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, quien en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubieren convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defecuosa hecha por el contador, al no ajustarse a la Ley. (Res. de 14 de agosto de 1959; B. O. de 23 de septiembre.)

## JURISPRUDENCIA

### I. SENTENCIAS COMENTADAS

#### 1.—Resolución de contrato de arrendamiento por transformación de la Sociedad arrendataria

(Sentencia de 24 de abril de 1959)

**ANTECEDENTES:** Ante uno de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona se ejercitó acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio con base en los dos siguientes hechos fundamentales: 1.<sup>a</sup> Traspaso del local arrendado realizado por el arrendatario—persona física—en favor de una sociedad de responsabilidad limitada; y 2.<sup>a</sup> Transformación de esta última, en sociedad anónima, en el año 1945. La demanda fue desestimada, no prosperando, tampoco, el recurso de apelación interpuesto por el arrendador. Formalizado recurso de injusticia notoria, se da lugar al mismo, en sentencia a la que corresponde el siguiente:

**CONSIDERANDO:** Que no ocurre lo propio con el tercero de los motivos de impugnación, que también al amparo de la causa 3.<sup>a</sup> denuncia la infracción de la doctrina, según la cual la transformación de la sociedad lleva consigo la existencia de un traspaso en que se engendre, con arreglo a la Ley de mil novecientos cuarenta y seis y a la vigente, un motivo específico de resolución, porque siendo evidente, por lo que antes se dice, que la instalación de M. M. M. S. L., lejos de implicar un traspaso constituye el arrendamiento inicial en favor de tal entidad, de acuerdo con el propietario del local, sin que para ello fuera obstáculo las modificaciones anteriores, que, sin afectar a la esencia de la Compañía y presupuesta su existencia, su condición jurídica y su denominación modificaron *de minimis* algunos de sus pactos, no ocurre lo mismo cuando se considera la última transformación operada por obra de la escritura pública de 8 de mayo de 1945 que, por razón de su fecha, ni podía ni tenía para qué obedecer a las prescripciones que mucho después estableció a ese respecto la Ley de Sociedades Anónimas; y, precisamente por eso, la doctrina de este Tribunal aplicable al supuesto frente a una dirección doctrinal, por lo menos dominante, según la cual la transformación social sólo representaba un cambio en la vestidura externa de la sociedad, que no afectaba a la personalidad de la misma, subsistente después de la transformación, afirma inequivocadamente (sentencia de 11 de julio de 1955), que el cambio de una sociedad comanditaria en anónima, implica una cesión ilegal, cuando no se cuenta con la autorización expresa del propietario, doctrina que, aunque

por modo indirecto reitera la sentencia de 18 de noviembre del mismo año, y que con posterioridad a la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, y pese a sus artículos 140 y 142, se ha reiterado en la vigente ordenación de los arrendamientos urbanos que, en el párrafo cuarto de su artículo 31, sólo excluye de las hipótesis de traspaso el supuesto, que no es el de autos, en que las sociedades cambian de forma por ministerio de la Ley, norma ésta cuya génesis obedeció, según es sabido, tanto a regular situaciones como las originadas anteriormente por la publicación de la Ley de Sociedades anónimas, como a la necesidad de resolver el problema planteado en orden a las Cooperativas, pero que en cualquier supuesto deja al descubierto la mente legislativa que veda el traspaso inconsentido de una sociedad limitada a otra anónima, por las poderosas razones que, a tenor de la citada sentencia de 18 de noviembre de 1945, establece una solución de continuidad entre uno y otro tipo de sociedades, salvo el supuesto excepcional de que la transformación acordada obedezca a un imperativo legal.

FALLO: Ha lugar.

#### C O M E N T A R I O

I. La terminología no muy precisa utilizada en el anterior fundamento de derecho hace necesario fijar el exacto alcance de la doctrina que en ella se pretende sentar. La letra de las expresiones: «la mente legislativa... veda el traspaso inconsentido de una sociedad limitada a otra anónima» y el «cambio de una sociedad comanditaria en anónima implica una cesión ilegal cuando no se cuente con la autorización del propietario»— síntesis ésta última de la doctrina de la anterior sentencia de 11 de julio de 1955— parecen sugerir dos conclusiones: 1.<sup>a</sup>, que la transformación de la sociedad arrendataria de un local de negocio supone un traspaso; y 2.<sup>a</sup>, que el traspaso es un acto ilícito, a menos que se produzca con el consentimiento del arrendador. Al formular esta segunda proposición que, entendida en términos absolutos y sin restricción alguna, resulta totalmente inadmisible según luego se indicará, la letra de la resolución parcialmente transcrita ha ido, sin duda, más allá de la presumible intención del juzgador; quizás, en el fondo, lo que ha querido decirse es, simplemente, que la transformación de la sociedad arrendataria es un acto constitutivo de traspaso y que, por tanto, sólo vincula al arrendador en tanto se realice con su consentimiento o dando cumplimiento a los requisitos exigidos en la LAU. No obstante, el tenor literal de las afirmaciones hechas en la sentencia, obliga a someter a crítica a las dos conclusiones de la misma, tal como en ella aparecen formuladas, siendo preciso, ante todo, perfilar el verdadero significado del término *traspaso*.

II. El vocablo traspaso se utiliza en diversas acepciones; en su sentido más genérico, traspaso equivale a cesión, a transmisión de una cosa o derecho de un sujeto a otro; presupone siempre dualidad de sujetos, ya que no se concibe la cesión de un derecho si no existen un cedente y un cessionario con personalidad diferenciadas; en el lenguaje jurídico usual, la voz traspaso se utiliza casi exclusivamente para designar la cesión del de-

recho arrendaticio; en la LAU ha adquirido carta de naturaleza legal una acepción más técnica y restrictiva de la palabra traspaso, considerándose como tal, a la cesión, mediante precio y por acto *internitos*, del derecho de arriendo de local de negocio, cesión que, cuando se realiza cumpliendo las formalidades previstas en el artículo 32 de la LAU, y en tanto concurren los presupuestos exigidos por dicha Ley, constituirá el traspaso regular típico; cuando se realice al margen de las citadas formalidades, pero con el consentimiento del arrendador, integrará un traspaso regular atípico y que en los restantes casos supondrá una cesión irregular, sin fuerza vinculante para el arrendador, que podrá desconocer tal cesión o pedir la resolución del contrato por violación del mismo. En los tres diversos supuestos, el traspaso ofrece la nota común de ser un acto de cesión que el arrendatario hace de su derecho a tercera persona extraña al contrato de arrendamiento, es decir, que es esencial que exista un cedente y un cesionario. Si la persona del arrendatario permanece inmutable aunque cambien sus accidentes—nombre o estado civil en la persona física, denominación o estructura social en la persona jurídica—, no existe traspaso en ninguna de las diversas acepciones de tal vocablo.

III. A partir de la vigencia de la LAU de 1946 el arrendatario de local de negocio, salvo que haya renunciado a la facultad de traspasar o que no haya alcanzado el tiempo de arraigo en el local necesario para ello, puede transferir su titularidad contractual sin consentimiento del arrendador con tal de que realice la transferencia cumpliendo los requisitos establecidos en la LAU; es decir, que el traspaso regulado en el artículo 29 de la Ley arrendaticia, constituye una excepción a la regla general aplicable a la llamada cesión de contrato: la de que el complejo de facultades y deberes correspondientes a cada parte de una relación jurídica bilateralmente obligacional no puede ser cedido a un tercero sin consentimiento de la otra parte. Por virtud pues, de la excepción, claramente afirmada por el artículo 29 y concordantes de la LAU, no puede afirmarse que en todo caso la cesión inconsentida por el arrendador sea un acto ilegal; lo será, tan sólo, cuando el traspaso se realice con defecto de los presupuestos y requisitos exigidos por la ley para su plena eficacia.

IV. El tema de la transformación de sociedades, viejo ya en la doctrina alemana e italiana (1), sólo en los dos últimos decenios ha merecido la atención de nuestra doctrina, que no halló en el vacío normativo casi absoluto, existente con anterioridad a la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas, base ni estímulo para realizar el adecuado tratamiento

(1) Véanse amplias referencias a la legislación alemana, italiana, suiza, francesa e inglesa en un interesante trabajo de MIGUEL MOTOS GUIRAO: *La transformación de las sociedades mercantiles*, RDM, 1951, primer semestre, pág. 349. Aunque anterior a la ley alemana de sociedades anónimas de 1937, ofrece interés también el *Derecho mercantil* de HEINZHEIMER y GEULER, trad. española, Barcelona, 1933, págs. 94 y 98. En algunas legislaciones extranjeras el problema de la transformación de sociedades se complica por la circunstancia de que se niega la condición de persona jurídica a las sociedades no capitalistas, como las colectivas.

de la cuestión; debe notarse que incluso obra tan fundamental como el *Curso de Derecho Mercantil* de Garrigues (2), prescinde en absoluto del problema. A partir de 1942, la doctrina comienza a interesarse por la cuestión y, a poco, Vicente Gella (3) alza su voz en defensa de lo que la doctrina alemana llama el *Identitätsprinzip*, es decir, el principio de conservación de la personalidad jurídica de los entes colectivos que cambien su forma social: Flórez de Quiñones (4) afirma también resueltamente que la transformación de la sociedad no entraña la extinción de un sujeto de derecho y la creación de otro e invoca en apoyo de sus tesis la legislación de Derechos reales, impuesto de derechos reales; en la misma línea se sitúan Ponsa Gil, Langle y otros autores citados en un interesante estudio monográfico de Motos Guirac (5), que se inclina también por el principio de conservación de personalidad al que se adhieren igualmente, no sin algunas reservas, Polo y Garrigues (6). Tras la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas, no se pone en duda la vigencia del *Identitätsprinzip* en nuestro Derecho de Sociedades; valgan, por todas, las opiniones de Garrigues y Uria (7).

La Dirección General de Registros, tras algunas vacilaciones iniciales (vid. Ress. de 20 de julio de 1944 y 15 de diciembre de 1944), sentó la recta doctrina en una resolución de 21 de febrero de 1951, en la que se advierte claramente formulado el principio de conservación de personalidad. (8). En cambio, el Tribunal Supremo ha mostrado, en diversas sentencias, una orientación contraria; en S. de 11 de julio de 1955 (9) se afirma, por una patente confusión de los conceptos de transformación y fusión de socie-

(2) Primera edición, Madrid, 1936.

(3) *Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1944, I, págs. 245 y sigs.

(4) *吸收ión de empresas e incorporación de negocios*, en «*Anales de la Academia Matritense del Notariado*», 1946, pág. 416.

(5) Vid. *Icc. cit.* en la nota 1.

(6) Este último autor, en su *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1949, I, 3.º, pág. 1.322, reconoce que las escasas normas existentes al tiempo de redactar el *Tratado* y la práctica notarial española abonan la vigencia en España del principio de conservación de personalidad, aunque cree que habrá que indagar en cada caso cuál ha sido la verdadera intención de quienes redacten el acto de transformación, y muestra en sus conclusiones cierta vacilación motivada por la preocupación de los intereses de terceros que pueden verse afectados por dicho acto.

(7) Ambos autores conjuntamente en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* y el segundo en su *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, págs. 279 y 345. Vid. también GUERRERO DE CASTRO: *Transformación de cooperativas en sociedades anónimas*, RDP, 1952, pág. 54, y ALMÍÑA: *La transformación de sociedades mercantiles*, RPD, 1950, pág. 811.

(8) Se dice en ello que la personalidad otorgada a las organizaciones sociales reconocidas por la Ley, previo el cumplimiento de determinados requisitos, y el principio de libertad de asociación establecido en los artículos 17, 1.º C. de C., 1.º de la Ley de Asociaciones de 1887 y 16 del Fuero de los Españoles, no permite que pueda negarse a tales entidades la facultad de modificar su estructura o fundir con el fin de adaptar las formas más adecuadas a las actividades que desarrollan sin alterar su identidad ni interrumpir las relaciones jurídicas creadas, ya que la personalidad puede ostentarse que continúa subsistente, a pesar de las variaciones efectuadas.

(9) Vid. observaciones a la misma por DÍEZ-PRADO en este ANUARIO, 1955, pág. 1410.

dades, que la transformación del ente social arrendatario supone un traspaso, lo que es tanto como afirmar que tal acto provoca la extinción de una sociedad y la formación de otra; de nuevo en S. de 15 de diciembre de 1956, se declara que la transformación de la sociedad comanditaria arrendataria en una sociedad anónima supone un cambio de personalidad jurídica (10) y aun, con posterioridad a la sentencia objeto de comentario, se incide en similar doctrina (11).

En el terreno estrictamente legal, el tema de los efectos de la transformación de los entes sociales ofrece claridad abscluta. El Reglamento del Registro Mercantil (12) se inspira claramente en el principio de conservación de personalidad, distinguiendo la extinción de la transformación y, si bien es cierto que en algún caso de transformación se abre folio a la sociedad trasformada, ello tiene alcance meramente formal y es mera consecuencia de la división en secciones del libro de sociedades. El reglamento del Impuesto de Derechos reales (13) se inspira en el mismo principio, siendo por demás significativo que la transformación de sociedades figure en condiciones análogas a la prórroga de las mismas y no se aplique a tal acto la doble imposición correspondiente a extinción y creación de sociedades como ocurriría en el supuesto de que la transformación implicara en realidad una alteración de personalidad jurídica. Finalmente, la Ley de Sociedades Anónimas suministra en sus artículos 137 y 140 un argumento decisivo en favor de la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de conservación de personalidad sea cual sea el tipo de cambio de forma social operada (14), todo ello sin perjuicio, claro es, de la posibilidad de que pueda producirse la extinción de la sociedad y la constitución de otra, de forma diversa, si así lo estiman convenientemente los interesados, y se cumplen los trámites legales y estatutarios requeridos para ello, aunque en tal caso no se podrá hablar propiamente de transformación de sociedades.

V. Pese a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de comentario, ha insistido en la doctrina sentada en la de 11 de julio de 1955, y sigue afirmando que la transformación de la sociedad arrendataria constituye un traspaso y, por tanto, provoca la resolución del contrato de arriendo cuando se realiza sin el consentimiento del arrendador; tal doctrina se pretende amparar ahora en el apartado 4.<sup>º</sup> del artículo 31 de la LAU; fácil es ver, sin embargo, que el nuevo argumento no es más sólid que el de la anterior sentencia. En efecto: 1.<sup>º</sup> El argu-

(10) Víd. observaciones a la misma por D. IRURZUN en este ANUARIO, 1957, pág. 628.

(11) Véase la S. de 25 de mayo de 1959, en la que se afirma que con arreglo a la doctrina jurisprudencial operante con anterioridad a la Ley de 17 de julio de 1953—doctrina que se declara aplicable a las transformaciones anteriores a dicha Ley—la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en anónima, suponía la extinción de la primera, aunque parece reconocer que tal doctrina no será aplicable a las transformaciones posteriores a la mencionada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(12) Reglamento de 14 de diciembre de 1956; vid. arts. 132 a 143.

(13) Reglamento de 15 de enero de 1959; vid. arts. 15, 16, 17 y 19.

(14) Obsérvese el contraste de los artículos citados y el 142 de la propia Ley.

mento *a contrario* no siempre tiene valor decisivo por cuanto que debe ceder en todos aquellos casos en que exista una imposibilidad legal o natural de que la conclusión *a contrario* sea cierta. 2.<sup>o</sup> Que no es a la Ley de Arrendamientos Urbanos a la que corresponde determinar—y de hecho no determina—si el cambio de forma de una sociedad determina la exención del primitivo ente social y la creación de otro nuevo. 3.<sup>o</sup> Que la Ley no puede alterar la naturaleza de las cosas y que, por tanto, no podrá considerarse como traspaso—si traspaso es, como la LAU dice en su artículo 29, la cesión realizada por el arrendatario de su derecho arrendaticio a un tercero—a un acto que no entraña transferencia de derecho de una persona a otra, pues en la transformación no existe dualidad, sino unicidad de personas jurídicas; y 4.<sup>o</sup> Que la referencia del apartado 4.<sup>o</sup> puede y debe entenderse como una previsión legal encaminada a evitar se aplique la disciplina del traspaso regular típico a los supuestos de cambio de forma social que, con arreglo a la Ley que los imponga puedan determinar, de forma excepcional, la extinción de un ente social para la creación de otro nuevo.

Quedan en pie, por tanto, todas las razones que se oponen a la aceptación de una doctrina jurisprudencial que no puede prevalecer ante la claridad de unos textos legales que afirman: 1.<sup>o</sup> Que el traspaso supone necesariamente la transferencia del derecho arrendaticio de una persona a otra; y 2.<sup>o</sup>, que la transformación de los entes sociales por cambio de su estructura formal no supone cambio de la personalidad de los mismos; premisas de las que se infiere como conclusión que la transformación de la sociedad arrendataria no puede considerarse como constitutiva de traspaso (15).

JOSÉ PERÉ RALUY.

---

(15) Salvo en los casos—que no serán de verdadera transformación—en que se haya producido una verdadera extinción seguida de la creación de un nuevo ente social.

## 2.—La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria

(Comentario a la sentencia de 21 de enero de 1960)

**SUMARIO:** 1. Los supuestos de hecho aducidos por la sentencia.—2. La argumentación y las razones legales del Tribunal Supremo.—3. La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria.—4. Las conclusiones críticas para la actual sentencia.

### 1. LOS SUPUESTOS DE HECHO ALUDIDOS POR LA SENTENCIA

Si resumimos los supuestos de hecho recogidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1960, resulta que A. R. V. compra parte de un granja sobre la que edifica varias casas y en las que establece una serie de servicios, destacándose el de un portalón de salida construido en una de las edificaciones, a través del cual se servían las demás casas y parcelas. Al fallecimiento de A. R. V. heredaron sus bienes sus hijos, y al hacerse la partición de los mismos se adjudicó una de las casas, con su corral o plazuela, a uno de los hijos, F. R., y las otras casas y terrenos que componían la granja a otros hijos, de quienes uno de ellos, J. R., reunió más tarde todos los bienes en su propiedad. En la partición del caudal hereditario de A. R. V. se hace constar que la «servidumbre de carro» que existe entre las casas de F. R. y J. R., hacia el sur, por el corral o plazuela, queda suprimida, para lo cual J. R. puede, cuando lo tenga por conveniente, construir un muro de perpiñao de dos metros de alto, emplazándolo o situándolo paralelamente a la fachada sur de la casa y a distancia de dos metros.

Pasó el tiempo, y J. R. no construyó el muro impeditivo del uso del servicio suprimido, antes bien arrendó sus casas y terrenos, que más tarde heredaron sus hijos, V. R., F. R., I. R. y R. R., quienes, en unión de su madre, los aportaron agrupados bajo una razón social, «I. G. S. A.», vendiéndolos a otros dos adquirentes, R. P. y C. P. En este posterior acto de venta no se especifica nada respecto del estado de hecho de las casas y terrenos, en cuanto al portalón de servicio de paso y carruaje, que siguió utilizándose sobre una de las casas en beneficio de las demás. Dos años más tarde, R. P. y C. P. venden las tres casas y el solar de terreno restante a J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C., respectivamente. Antes de la realización de dichas ventas no se hace desaparecer el portalón de salida que servía a las demás casas y solar, ni se hace constar que dicho servicio queda suprimido, pues únicamente se limitan a expresar a los vendedores en las

escrituras de venta que se transmiten en el estado de hecho en que se encuentran con sus accesos correspondientes. En cuanto a la venta de la casa sobre que recae el servicio con su portalón de entrada y salida, los vendedores la transmiten «en el estado actual de hecho y derecho en relación a lo vendido», según manifiesta el documento de compra, y en documento privado el comprador se compromete «a no ejercitar ninguna acción contra los vendedores por razón de servidumbre de paso que, aun no constando en los títulos ni en el Registro, pudiera resultar establecida por el uso a favor de las casas... sin que los vendedores puedan garantizar otra cosa».

Una vez consumada la venta, J. R. R., adquirente de la casa sobre la que recaía el servicio de paso y carroaje a través de su portalón, lo cierra e impide su utilización a los otros compradores de las casas y soportales contiguos. Demandado J. R. R. por aquéllos, que se creían con derecho al paso por el portalón de su finca, el Juzgado de Primera Instancia se pronuncia a favor de ellos por entender constitúa la servidumbre de paso, obligando al demandado a dejar libre el acceso. Apelada la sentencia ante la Audiencia Territorial se dicta por ésta la denegación de dicha servidumbre de paso y se desaprueba la decisión de instancia. Interpuesto recurso de casación por los primitivos demandantes y pretensiones de servidumbre de paso, se cassa la sentencia en base a la siguiente doctrina, que pasamos a exponer.

## 2. LA ARGUMENTACIÓN Y RAZONES LEGALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Siendo ponente el magistrado don Francisco Eyré Varela se manifiesta: «CONSIDERANDO que tanto en el primero como en el segundo motivo, por el cauce número 7.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que verdaderamente se plantea no es un problema de apreciación de la prueba, sino de valoración jurídica e interpretación de los documentos, contratos o actos que en ellos se expresan, problemas que no encajan en el cauce elegido, ya que la sentencia recurrida no los desconoce ni deja de apreciarlos, pues lo que realiza es interpretarlos y calificarlos de manera distinta de la que con su personal criterio discrepa del recurrente, lo que no constituye ninguno de los errores en la apreciación de la prueba acogida en el referido número 7.<sup>o</sup>, por lo que ambos motivos deben ser desestimados en ese aspecto y, además, el primero, porque los documentos utilizados para la demostración del supuesto error de hecho no merecen el concepto de auténticos por ser los mismos objeto de discusión en el pleito, como así lo tiene declarado en reiteradas sentencias esta Sala.

CONSIDERANDO que para el examen del tercer motivo es de capital importancia establecer los hechos estimados como probados por el Tribunal *a quo*, que reducidos a sus términos más estrechos en cuanto conducentes al fin que se busca, son los siguientes: a) Que los predios afectados por las servidumbres disputadas, activa y pasivamente pertenecieron a un solo propietario. b) Que éste estableció el signo de servidumbre de paso de que se trata. c) Que si bien en una primera división o segregación de

aquella propiedad se convino que esa servidumbre se extinguiría, haciéndose constar que para que cesara se construiría una pared en las condiciones que se determinan, el beneficiado no hizo uso de ese derecho continuando pacíficamente esa servidumbre, hasta el pleito, más de sesenta años desde su establecimiento; y d) Que esa servidumbre se hizo mención en diferentes contratos de nuevas transmisiones por parte de aquella misma finca afectadas por tal servidumbre, y aun el propio demandado las reconoció en documentos privados, según todo ello consta con más detalle en el primer considerando de la sentencia del Juzgado, que aceptó la Audiencia con una adición que no afecta directamente a lo expuesto, de todo lo cual bien claramente consta no sólo la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, sino su subsistencia y ejercicio durante largo lapso sin que nada se hubiera hecho por hacer desaparecer tal signo de servidumbre ni de obstaculizar su ejercicio, y todavía, si ello no fuera bastante, existen actos de reconocimiento de la misma procedentes del demandado y recurrido, con todo lo que, al no apreciarlo así la sentencia, no reconociendo valor y eficacia a todo ello, apartándose de lo que constituye su verdadera esencia y contenido, relativo a la constitución, reconocimiento y subsistencia de la servidumbre que se litiga, incurre en las infracciones legales que se denuncian en los indicados motivos tercero y cuarto y proceda a dar paso a la casación que en ellos se postula, sin que pueda obstaculizar esta conclusión la reiterada doctrina de esta Sala sobre la prelación del criterio de instancia en materia de interpretación, que se halla establecido con carácter de generalidad, pero que no se limita ni se excusa en casación cuando excepcionalmente, como en el presente caso, se yerra en instancia notoriamente en la interpretación, según se denuncia y estima.

CONSIDERANDO que el quinto y último motivo, estimada la casación por los anteriores, carece de finalidad porque, referido a la prescripción adquisitiva de servidumbre, tiene un carácter subsidiario o de subordinación a la desestimación de los anteriores que hace inútil su examen porque, tanto que se estime como que se desestime, en nada se modifica lo expuesto, lo primero porque nada añadiría a lo conocido y, lo segundo, porque no lo contrariaría, dada la reconocida eficacia de otros medios constitutivos y adquisitivos.»

Después de haber examinado los supuestos de hecho, actos y contratos realizados por los diversos titulares de los inmuebles de referencia, así como los razonamientos que aduce nuestro más Alto Tribunal, nos da la sensación de que tanto las partes contratantes como este Tribunal procedieron con gran timidez por lo que se refiere a su actitud frente a las normas y disposiciones del artículo 541 del Código civil.

Mientras en un primer mandato F. R. y J. R. dediden y ponen en claro las cosas de suprimir el servicio hasta entonces existente en las fincas poseídas en la sola mano de su padre F. A. R., posteriormente J. R. deja sin realizar y practicar su derecho de obstaculización del servicio al permanecer las cosas de la forma en que estaban, arrendándolas, y más tarde transmitiéndolas en ese mismo estado a sus hijos y sucesores, quienes igualmente siguen conservando el primitivo estado de hecho hasta que se las

chajanen a R. P. y C. P. en *pro indiviso*. Estos propietarios, después de transcurridos dos años, proceden igualmente a la venta de los inmuebles, pero ya separada e individualmente, a cuatro nuevos adquirentes, donde, si bien se nombra el servicio existente, no se atreven a tomar una posición decidida ante él, antes al contrario, redactan un documento privado que les exima de la responsabilidad que del servicio pueda derivarse.

Por otro lado, el Tribunal Supremo trata de conjugar el primer acuerdo negativo que establecen las partes F. R. y J. R., respecto al servicio existente, y los posteriores actos del titular de la finca dominante que no pone en práctica el acuerdo y deja subsistente el estado de hecho anterior al mismo. No obstante ser el acuerdo uno de los modos taxativos que destruye la ficción del título apto para que surja la servidumbre que proclama «el artículo 541 del Código civil y al haber pasado más de sesenta años conservándose aquel estado de hecho por el uso del servicio establecido, al Tribunal Supremo le parece que ya se puede deducir que claramente consta no sólo la constitución de la servidumbre por «destino del padre de familia», sino su subsistencia y ejercicio durante tan largo lapso sin que nada se hubiera hecho por hacer desaparecer tal signo de servidumbre ni de obstaculizar su ejercicio».

Ante la incongruencia de estas dos actitudes podemos comprender la de quienes como las partes sin asesoramiento jurídico no hacen uso con criterio recto de las normas que el ordenamiento pone a su disposición con objeto de lograr un empleo adecuado de las mismas y conocer sus deberes y obligaciones, sus posibilidades y sus prohibiciones; en una palabra, los derechos que la ley les otorga. Pero en la sentencia se advierte una contradicción al enjuiciar los hechos, pues si bien se dice que es un problema de valoración jurídica e interpretación, se olvida de ciertas situaciones y relaciones claras que son presupuesto de aplicación de la norma establecida en el artículo 541 del Código civil. Por lo demás, la sentencia, intuitiva o tácitamente, llega a un resultado cierto. Pero si razonamos a base de sus argumentos, ¿cómo es posible que reconozca que hubo un acuerdo negativo del servicio existente, el cual destruye toda posibilidad de nacimiento de la servidumbre en base del artículo 541 y, después, por el mero uso, sin necesidad de acudir a la prescripción (rechazada como «argumento subsidiario y subordinado» «que hace inútil su examen, porque tanto que se estime como que se desestime en nada modifica lo expuesto»), pueda afirmarse rotunda y claramente su constitución y existencia?

Ante el planteamiento de tales cuestiones nos indujo a meditar una vez más sobre el supuesto y a valorar los actos y negocios jurídicos realizados y recogidos por la sentencia con objeto de adecuarlos a las prescripciones que nuestro ordenamiento positivo les otorga y reconoce.

### 3. LA POSIBILIDAD DE IMPEDIR LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE SERVIDUMBRES EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA

Para que se cumpla lo establecido en el artículo 541 del Código civil respecto de la constitución tácita de servidumbres es necesario que concuerren los requisitos siguientes: *a)* que se produzca una separación de la propiedad de los predios; *b)* que se dé la existencia de un estado de hecho aparente de acuerdo con la servidumbre pretendida; *c)* el establecimiento o mantenimiento del estado de hecho por el propietario de ambos predios; *d)* la falta de una declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.

La necesidad del primer requisito responde a una verdad dogmática tradicionalmente mantenida desde el Derecho romano hasta nuestros días, de que nadie puede tener servidumbres sobre cosa propia, en base al principio *nemini res sua servit* (1). Por tanto, la servidumbre se constituye cuando los bienes inmuebles cambian de dominio. Hasta entonces lo único que hay son servicios cualificados que el propietario establece sobre su finca o fincas. Últimamente se ha afirmado en nuestra doctrina por RODRÍGUEZ ADRADOS (2), que el acto de destinación llevado a cabo por el propietario no entra dentro de la categoría de los negocios de disposición, sino que se trata simplemente de un mero acto de administración, ordinaria o extraordinaria, según los casos. A mi modo de entender es errónea su afirmación, pues entonces los actos del arrendatario, aparcero, mandatario o administrador podrían dar lugar a la constitución tácita de servidumbres, cosa que repugna contra el espíritu y la letra del artículo 541, al tener que ser actos de un propietario o titular del dominio. «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas—se dice en el art. 541—, establecido por el propietario de ambas...». O sea, que se trata de un presupuesto includible de que se tenga un título dominical por quien establezca los signos aparentes del servicio, lo cual demuestra que sus actos de destinación son dispositivos. Es más, si no lo fueran no tendría por qué establecer el artículo 541 la necesidad de un acto contradictorio expreso, para que dejen de surtir los efectos que le apareja. Es que con estos actos de destinación, no sólo se modifican los elementos accidentales, sino también los esenciales de la finca sobre que se establecen, como es el posible efecto de la creación de una servidumbre, si llegan a cumplirse los requisitos que se prescriben. Con más carácter dispositivo que estos actos no los puede haber, pues es la propia ley quien tal carácter les concede.

En cuanto a la separación de la propiedad de los predios o inmuebles ha de producirse en dos sentidos: en el material y en el legal. Legalmente se producirá un cambio de titularidad de las fincas o de partes de una misma finca. Materialmente ha de producirse una separación entre los dos inmuebles o dentro del inmueble en que se ha establecido el servicio; es decir, que no compongan una unidad patrimonial, sino que se divida en dos porciones de dos patrimonios diferentes. La separación puede ocurrir porque ya formaban dos unidades independientes o porque una misma cosa, a efectos de una división, pasa a manos de diferentes titulares. Come-

ya tenemos afirmado (3), la expresión genérica del artículo 541 permite una interpretación *in extenso* de los términos empleados «los fincas» y «enajenación». Así lo entienden, también entre nosotros, MUCIUS SCAEVOLA (4), MANRESA (5), NAVARRO AMANDÍ (6), DE DIEGO (7), DE BUEN (8), BONET RAMÓN (9) y PUIG PEÑA (10). El propio Tribunal Supremo confirma, igualmente, esta interpretación y se extiende en muchas consideraciones al manifestarse en una línea firme y decidida, tanto en la época anterior a la publicación del Código, como posteriormente (11). Del mismo modo sucede por lo que se refiere a la palabra «enajenarse», que emplea el artículo 541. Al adoptarse este término se entiende que alcanza a las transmisiones *inter vivos* y a las *mortis causa*, ya que dentro del concepto genérico de «enajenación» se comprenden la venta, la permuta, la donación, en una palabra, todas las formas de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de la comunidad, expropiación y prescripción adquisitiva). La «destinación del padre de familias» surte efectos en todos los casos en que se realiza la separación del dominio, sea cual fuere el modo de llevarla a cabo. En este sentido, los autores anteriormente citados, también lo proclaman y afirman.

Sin embargo, dos autores se oponen a considerar la partición o adjudicación hereditaria como medio eficaz de transmisión y de separación del dominio en cuanto a los efectos del artículo 541: SÁNCHEZ ROMÁN y SANCHO REBULLIDA.

A juicio de SÁNCHEZ ROMÁN (12), el caso de partición es cuestionable por tratarse de materia de estricta interpretación, como lo es la de las servidumbres, contraria a la presunción de libertad de la propiedad, y por los términos concretos que en su tenor literal ofrece el artículo 541, y teniendo siempre en cuenta para el caso de adoptarse este criterio extensivo la necesidad de apreciar el mayor o menor valor de las fincas objeto de la

(1) Según SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, página 13, este principio es una fórmula bizantina; en cambio, son auténticos «nullum praedium ipsum sibi servire potest» y «cum utraque prædia eiusdem dominii facta essent, ipsa sibi serviret non potuerint», de Dig. 8, 3, 31, cfr. BOIXET CORREA, *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XIX (1948-1949), 304 ss.

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, *Disposición onerosa de bienes gananciales*, en «Revista de Derecho Notarial», XXI-XXII (1958) 194.

(3) BOIXET CORREA, *La constitución tácita de la servidumbre en el Código civil español*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, IV-1 (1951) 81.

(4) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, X (Madrid, 1895), 280.

(5) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV (Madrid, 1895), 585.

(6) NAVARRO AMANDÍ, *Cuestionario del Código civil reformado*, II (Madrid, 1889), 287.

(7) DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español*, III (Madrid, 1923), 531.

(8) DE BUEN, *Servidumbres*, en «Encyclopédia Jurídica Española», XXVIII, 640.

(9) BOIXET RAMÓN, en el Comentario a la sentencia del T. S. de 8 de marzo de 1942, en «Revista de Derecho Privado», XXVI (1942), 422.

(10) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-1 (Madrid, s. a.), 395.

(11) SS. 14 de septiembre de 1867, 10 de enero de 1883, 21 de octubre de 1893, 7 de febrero de 1896, 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904, 5 de abril de 1906, 7 de enero de 1920, 10 de abril de 1929 y 10 de octubre de 1937.

(12) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2 ed., III (Madrid, 1949), 849.

partición, según que la existencia de aquel signo aparente de servidumbre que hubiese de considerarse como título para suponerla constituida en lo sucesivo, diera a un predio o a otro el carácter de dominante o de sirviente.

SANCHO REBULLIDA (13), adhiriéndose a la opinión de DE LA VILLE, fundamenta la destinación desde un plano paramente subjetivista y se adentra a investigar el motivo y la causa remota por la cual el propietario establece la relación de hecho entre sus dos fincas. Plantea, concretamente, el supuesto de muerte intestada del propietario de ambos fundos y el de la adquisición de cada uno de ellos por distinto heredero. Se pregunta: ¿Es aplicable el artículo 541? Y concluye «que si se opta por una solución afirmativa nos encontraremos con una nueva causa de originación de la servidumbre, la fatalidad, por así decirlo, pues habrá nacido sin que se den a aquéllos posibilidades de evitarla. La constancia en el título no cabe porque el causante ha muerto sin otorgar tal título (testamento) y al morir sin esta prevención es natural que no haya podido utilizar tampoco la otra de hacer desaparecer el signo aparente de servidumbres». «En caso de partición por muerte intestada—añade—, el título sería la escritura de partición o el cuaderno particional, pero éste no es el título a que se refiere el artículo 541, porque, ¿quién va a expresar en él su voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre? El causante (única voluntad que sería operante), imposible, porque ha muerto; el heredero del presunto predio sirviente, será el interesado en manifestar su voluntad en contrario, pero con la misma razón y derecho el adquirente del presunto dominante, manifestará en tal título su voluntad favorable a la originación de la carga. ¿El contador partidor? No creemos, concluye, que entre éste dentro de sus atribuciones. En cuanto al hacer desaparecer el signo, o de otorgar testamento en el que manifestar su voluntad opuesta al nacimiento de la servidumbre. Pero si muere sin haber tomado estas dos prevenciones, y entonces, si aplicamos el artículo 541, tenemos a la fatalidad originándola de un modo inexorable e inevitable. En suma, concluye este autor, la no inclusión de la partición de la herencia por muerte intestada dentro de los supuestos de aplicabilidad del artículo 541, nos parece una interpretación más a la letra de precepto. Y nos parece, además, una interpretación más justa.»

Ya tuvimos ocasión de rebatir esta tesis y, ahora, confirmamos lo que entonces ya dejamos expuesto (14). No es la fatalidad quien provoca la servidumbre; la única fatalidad es la muerte de una persona que no se sabe cuando llega, ni nadie puede preverla. Y decimos que no hay tal fatalidad en la constitución de la servidumbre porque en el acto de partición siempre se puede llegar a un acuerdo (como se sucede en el caso de autos), y, en caso de que no se llegue, basta «expresar lo contrario en el título de enajenación de *cualquiera* de ellas» (art. 541), para que se destruya la ficción que la ley crea y el signo aparente de servidumbre no se considerará suficiente para que se constituya. Nada importa investigar una volum-

(13) SANCHO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres?* En torno al artículo 541 del Código civil, en la revista "Universidad", de Zaragoza, IV (1956), 57.

(14) BOIXET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres*, cit. pág. 87 ss.

tad del *de cuius*, mejor dicho, suponerla, como hace SANCHÍ REBULLIDA, cuando la apariencia de un signo, el establecimiento de un servicio aparente demuestra concluyentemente una voluntad en ese sentido. La apariencia en ese sentido tiene un valor jurídicamente bien conocido respecto de la protección de terceros que, además, como reiteradamente el Tribunal Supremo ha manifestado (15), en virtud de su fuerza la exime de inscripción registral. Afirmar, pues, que en el supuesto de partición abintestato nace la servidumbre sin posibilidad de evitarla, es desconocer el juego del artículo 541, el cual precisamente opera cuando al tiempo de la separación de las dos fincas nada se exprese en contrario o nada se haya hecho para la supresión del signo aparente. Y esta expresión en contrario, insistimos, puede ser realizada no sólo por propietario común que las enajena, sino también por quien las compre o herede, pues el artículo 541 nada dice a este respecto, ni particulariza, como el autor citado se imagina. La forma de expresión gramatical reflexiva que la dicción del artículo 541 emplea se refiere a ambas partes.

De aquí, que si en el momento de la partición nada se expresa, sin hacer alusión al signo aparente por parte de ninguno de los herederos, la servidumbre quede constituida firme y establemente en beneficio de quien pueda ejercerla. La existencia del signo es título suficiente para su vigencia al igual que si al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se expresa lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se hace desaparecer aquel signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, la servidumbre desaparece.

Por lo tanto la partición no sólo es un medio de segregación de la propiedad de una o varias cosas, de atribución de titularidades diferentes, sino el momento apto y posible para discernir la supresión de los servicios anteriormente existentes. Permanecer en silencio en ese momento, respecto de los signos aparentes, es dejar operar la total virtualidad del mandato legal del artículo 541 del Código civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se había referido a la partición como supuesto de enajenación eficaz para que se produjera la «destinación del padre de familia». Concretamente, la sentencia de 17 de noviembre de 1911 manifestaba que «según el espíritu en que se informa el artículo 541 del Código civil, explicado con más desarrollo por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal (16), cuando la propiedad de un solo dueño pasa, mediante adjudicación hereditaria a distintas personas, el signo ostensible y permanente de una servidumbre es título característico de su existencia; de suerte que a no haberse alterado o condicionado manera distinta de usarla, allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio. Y añadía en otro considerando que la facultad que tienen los herederos de poder alterar (afirmar o negar) el servicio establecido por el *de cuius*

(15) SS. de 13 de julio de 1885, 11 de enero de 1895, 7 de febrero de 1896, 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902, 12 de octubre de 1904, 22 de diciembre de 1906, 7 de noviembre de 1911, 1 de febrero de 1912 y 14 de abril de 1914.

(16) SS. de 7 de noviembre de 1883, 28 de octubre de 1892, 26 de junio de 1893 y 5 de abril de 1906.

en el momento de la partición «patentiza el reconocimiento más expresivo de mantener su disfrute tal como se ejercía antes». Tal sentido se mantiene por otras sentencias como las de 7 de enero de 1920, 4 de julio de 1925, 6 de enero de 1932 y 3 de marzo de 1942.

#### 4. CONCLUSIONES CRÍTICAS PARA LA ACTUAL SENTENCIA

Ahora, la sentencia de 21 de enero de 1960—objeto de nuestro comentario—también viene a recoger el supuesto de partición, en cuanto acto de separación del dominio de dos fincas que pertenecían al mismo propietario. En ella sucede que ambos adjudicatarios, F. R. y J. R., hacen constar que el servicio de paso y carroaje queda suprimido. Se dice textualmente que «la servidumbre de carro que la casa de F. R. tiene hacia el sur, por el corral o la plazuela, queda suprimida, para lo cual, J. R. puede, cuando lo tenga por conveniente, construir un muro de perpiaño de dos metros de alto emplazándolo o situándolo paralelamente a la fachada sur de la casa y a distancia de dos metros».

Es indudable que las partes estuvieron atentas al servicio existente y destruyeron la posibilidad de haberse constituido tácitamente la servidumbre en base al artículo 541. A pesar de que ellas hablen de «servidumbre de carro», ya que técnica y legalmente aún no se había constituido, pues en manos del mismo propietario era un mero servicio (*nemini res sua servit*), no obstante, ponen en juego una de las posibilidades contempladas por el artículo 541 para que dicho servicio no se transforme en servidumbre. De aquí que por la mención negativa de la misma, para F. R. quedó extinguido su derecho de paso. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene a conceder el derecho a la servidumbre de paso al heredero o herederos de F. R., en base al artículo 541, al igual que a los demás que derivan el derecho de J. R. Para ello se aduce que «si bien en una primera división o disgregación de aquella propiedad se convino que esa servidumbre se extinguiría, haciéndose constar que para que cesara se constituiría una pared en las condiciones que se determinan, el beneficiado no hizo uso de ese derecho continuando pacíficamente esa servidumbre hasta el pleito, más de sesenta años desde su establecimiento». El argumento así presentado, en toda su simpleza, sin distinguir las relaciones posteriores y anteriores, sin aludir a la prescripción necesaria para F. R. pueda invocar su derecho de servidumbre y las posteriores posesiones de las casas a título de propiedad *pro indiviso*, carece de toda fuerza jurídica y está falso totalmente de apoyo legal. ¿Cómo es posible que una vez extinguido un derecho, por común acuerdo entre las partes, reviva sin más por el mero no uso de unas facultades que no se pierden si no prescriben? Invocar el artículo 541, en este caso, como hace el Tribunal Supremo, carece de toda lógica y fundamento. Es curioso cómo en el último considerando de esta sentencia, al aludir a la prescripción, afirma que «carece de finalidad porque referido a la prescripción adquisitiva de servidumbre, tiene un carácter subsidiario o de subordinación a la desaparición de los anteriores, que hace inútil su examen porque tanto que se estime como que se des-

estime, en nada modifica lo expuesto, lo primero porque nada añadiría al concedido y lo segundo porque no lo contraría, dada la reconocida eficacia de otros medios constitutivos y adquisitivos. Este considerando sólo es razonable en cuanto se refiere a los compradores que traen su derecho de R. P. y C. P. (J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C.), pero nunca puede serlo para el heredero de F. R. (F. R. M.), pues en él no se da el supuesto del artículo 541. Se involucran los diversos actos y negocios sin hacer una necesaria distinción que pueda servir de apoyo para sustentar las pretensiones de unos y otros. Cuando F. A. R., padre de F. R. y de J. R., realiza e implanta un servicio entre sus fincas, éste puede dar lugar al supuesto legal establecido por el artículo 541, ya que reúne los requisitos allí requeridos. Pero cuando F. R. y J. R. acuerdan suprimir el servicio, la servidumbre jamás ha llegado a nacer si se pretende partir de esa situación para fundamentarla. De aquí que F. R. y sus descendientes no puedan alegar ningún derecho sobre tal servicio, a no ser que se invoque la prescripción por el uso continuado y pacífico durante el tiempo requerido, que aquí, por lo demás, lo hubo; pero jamás en base al artículo 541.

Ahora bien, cuando J. R. y sus sucesores mantienen las cosas en el estado de apariencia en que quedaron respecto al servicio existente, al no haber usado de las facultades que tenían de poder suprimirlo, se produce una renuncia concluyente y afirmativa en pro de su mantenimiento. En este *pro indicio* (17), y vendido a dos compradores que igualmente lo mantienen durante dos años en la misma situación hasta que enajenan los predios, se vuelven a cumplir los requisitos necesarios y requeridos por el artículo 541, en base a los cuales nace la servidumbre entre ellos y se consolida definitivamente. Cuando los compradores J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C., adquieren sus predios, al no haberse expresado nada en contrario en el título de enajenación y al no haberse hecho desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, se cumplen una vez más los presupuestos legales por los que la servidumbre queda constituida. Es más, en el caso de autos, se vendieron parcelas y casas atendiendo al servicio aparente, pero sin expresar lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Por el contrario, muy distinta fué la situación y derechos que F. R. dejó a sus sucesores; su actual heredero y litigante de la servidumbre de paso no debió ser involucrado por el Tribunal Supremo con los anteriores. Para él, el camino de la adquisición de la servidumbre no es la «destinación del padre de familia» del artículo 541, pues quedó extinguida por el pacto de su anterior ascendiente. A diferencia de sus colitigantes, su propiedad no volvió a recaer en condominio con los demás y ni mucho

(17) Sobre la posibilidad de la destinación en situaciones de comunidad, efr. SS. de 7 de julio de 1883, 6 de febrero de 1904, 10 de abril de 1929. Como ha dicho recientemente la S. de 10 de octubre de 1957 basta la conservación del signo aparente en la división material de una cosa poseída en común por varios, para que se produzca la constitución de la servidumbre por signo aparente.

menos con la del que ahora es titular del predio sirviente, J. R. R. (18). Si su casa y trozo de terreno o patio, tenían acceso y salida por el portón del predio de J. R. R. no era en base a un derecho derivado de la partición de su anterior, único propietario, ya que a éste se le deslindó bien y prohibió formalmente. Por eso, cuando ahora el Tribunal Supremo le concede el derecho de paso no puede ser en base a la destinación, como hace, sino que debiera hacerlo respecto del único título legítimo que tiene: la prescripción.

En definitiva, si el fallo del Tribunal Supremo es justo en cuanto a su resultado, no lo es en cuanto a sus fundamentos. Creo que estos deslinde se hacen necesarios, pues con tales antecedentes puede desorientarse a quien trate de invocar la defensa legítima de sus intereses, especialmente en el supuesto de la partición hereditaria. Quede, pues, bien claro que en tal momento un acto negativo de supresión del servicio o signo aparente de servidumbre, existente entre las fincas, o finca, del *de cuius*, lleva como consecuencia la no aparición del derecho de servidumbre. Lo que era una esperanza de derecho no logra su consolidación y nacimiento.

JOSÉ BONET CORREA

Colaborador Científico del C.S.I.C.

(18) Como afirmó el Tribunal Supremo en S. de 30 de octubre de 1959, cuando no existe prueba de un propietario común que hubiera establecido los signos, no puede darse el supuesto del artículo 341 del Código civil.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Antonio del HOYO, Luis DIEZ-PLICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo GOMEZ YSABEL, Domingo IRURZUN y José PERE RALUY, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general.

1. FUENTES DEL DERECHO: LEYES DE 24 DE ABRIL DE 1958: REFORMAS DEL C. C. Y DE LA L. E. C.: SU VALOR ORIENTADOR: *Estas leyes, aun cuando no sean aplicables, por no tener efecto retroactivo, poseen un marcado carácter orientador.*

SEPARACIÓN DEL MATRIMONIO: MEDIDAS PROVISIONALES: PRINCIPIO DE ARBITRAJE JUDICIAL: *Rige en esta materia un amplio arbitrio judicial atemperado al bien de los hijos que es el interés más estimable que debe salvarse, cuando la familia hace crisis en su base matrimonial.*

SEPARACIÓN DEL MATRIMONIO: MEDIDAS PROVISIONALES: ALIMENTOS: *No puede pedirlos la mujer cuando no tiene necesidad de ellos. [S. 4 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

Dicen así los Considerandos de esta Sentencia:

«Que los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son especialmente reciprocos, porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quienes se estima una situación de pasividad, teniendo un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes y de aquí las consecuencias que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas por el Código civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era sólo patrimonial, siempre indirecta, y por ello poco eficaz, siendo los fundamentales y principales deberes reciprocos de los cónyuges, incluidos en los artículos 56 y 57, relativos a guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia de afecto y estimación reciprocos, de convivencia y de cohabitación, obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal.

Que concretamente el mutuo auxilio comprende no sólo a los deberes referentes al auxilio físico, a los cuidados que deben prestarse los cónyuges en caso de enfermedad, sino también a los que entrañan ayuda

moral, afecto mutuo, estimación, siendo éste un conjunto de relaciones en las que se manifiesta esta necesidad suprema de amoldar los actos y los sentimientos al precepto que impone el deber de asistencia y protección reciprocas en las luchas de la vida, aunque suceda con esta obligación legal como con todas las relaciones naturales y morales del matrimonio, que la idea de socorro mutuo no pueda encontrar en la Ley medios eficaces bastante para asegurar su perfecto cumplimiento, porque su índole les hace de naturaleza verdaderamente incoercible, en muchos de sus aspectos, a la acción de la Ley civil, siendo el auxilio físico de los alimentos, el único verdaderamente sancionado por el Código, por el número primero de los artículos 143 y 144 en su relación con el 142 y otros, confirmando con la concordancia de las disposiciones 5.<sup>a</sup> del artículo 68 para los casos de admisión de demandas de nulidad o de separación de matrimonio y 5.<sup>a</sup> del artículo 73 para el de ejecutoria de separación.

Que aun cuando las leyes de 24 de abril de 1958, reformadoras de determinados artículos del Código civil y del título 4.<sup>o</sup> de la primera parte del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil no tengan efecto retroactivo, es innegable su carácter orientador en el sentido de procurar en las medidas provisionales adoptadas como consecuencia de la admisión de las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, armonizar las ventajas de una orientación concreta con un amplio arbitrio judicial, siempre lógicamente atemperado al fin general que se persigue, al bien de los hijos que es el interés más estimable que debe salvarse cuando la familia hace crisis en su base matrimonial, a que responde la nueva redacción del artículo 68 del Código civil que autoriza al Juez—medida tercera—a fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de ellos ejercerá la patria potestad, precepto recogido en el nuevo artículo 1.888 de la Ley de Enjuiciamiento civil, así como—medida quinta—al señalar alimentos a la mujer y, en su caso al marido, al igual que a los hijos que no quedan en poder del obligado, precepto igualmente recogido en el artículo 1.890 del nuevo ordenamiento procesal.

Que esto sentado, no habiéndose combatido en el recurso al amparo del número 7.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ninguno de los hechos declarados probados por sentencia recurrida, de donde se infiere la falta de necesidad de la prestación alimenticia a la recurrente, por lo que se dejan sin efecto en el presente procedimiento especial, señalado en el párrafo segundo del artículo 1.897, de la misma Ley procesal, según su redacción anterior a la reforma entonces vigente, los alimentos acordados en cumplimiento de lo que dispone el derogado artículo 1.916 de dicha Ley, carece de la indispensable base el motivo primero del recurso, por lo que perece, así como el motivo segundo en que se plantea una cuestión completamente nueva que no ha sido alegada, ni tan siquiera indicada y menos debatida a lo largo del pleito, procediendo en su virtud la desestimación total del recurso.»

2. DERECHO INTERTEMPORAL: INICIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE LA LAU DE 1955: *La reclamación en acto de conciliación, aunque éste no*

*sea trámite previo necesario para la reclamación judicial, debe considerarse como iniciación del ejercicio de la acción a efectos de las normas de derecho intertemporal de la LAU. [S. 25 de septiembre de 1959; ha lugar.]*

**3. TÍTULO NOBILIARIO: COMPETENCIA JURISDICCIONAL:** *No incurre en exceso de jurisdicción la sentencia que partiendo del hecho de la rehabilitación de un título nobiliario, otorgada graciosamente sin perjuicio de tercero por autoridad competente, se limita a resolver la prioridad genealógica relativa al disfrute de la merced nobiliaria, condenando al demandado y no a la Administración o al Poder soberano.*

**PREFERENCIA PARENTESCO:** *Entre dos hermanos de doble vínculo es preferido el de mayor edad.*

**PRUEBA:** *No es necesario probar la realidad del título y el parentesco hasta el primer concesionario, por tratarse de supuestos insitos en la concepción de rehabilitación en favor del demandado, y dada la condición de hermano legítimo de doble vínculo del actor, resulta probado igualmente el entroque de éste. [S. 22 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

**4. PERSONA JURÍDICA: CAPACIDAD DE LA PERSONA Y OBJETO SOCIAL:** *En nuestro Derecho las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, en una esfera que va más allá de las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un sustrato físico, pero sin que su fin constituya por sí un límite de su capacidad. [S. 5 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

**5. COSAS SAGRADAS:** *Una cosa es que semejantes ermitas o capillas estén sujetas, por razón del culto que en ellas se practique, a la jurisdicción eclesiástica y otra muy distinta, en absoluto, la propiedad territorial de aquéllas, es decir, el dominio sobre el suelo en que se edificaron y sobre el ruedo de las construcciones que las integran; por lo que, dejando al margen dicha jurisdicción que queda siempre a salvo, nada se opone a que tal dominio y propiedad corresponda a los particulares que en terreno propio los levantaron y conservan, como de hecho ocurre y hay de ello numerosos ejemplos.*

**DOMINIO DE UNA ERMITA: INSCRIPCIÓN: TRANSMISIÓN:** *En tal supuesto es perfectamente lícita y legal la inscripción registral del dominio de dicho edificio y la subsiguiente transmisión por sus correspondientes titulares. [S. 28 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

**OBSERVACIONES:** El artículo 1.271 del Código civil reconoce, *a sensu contrario*, la existencia de cosas que están fuera del comercio de los hombres y que, por ello, no pueden ser objeto de contrato. Son las cosas denominadas «no susceptibles de tráfico», entre las que se incluyen por la doctrina, las cosas sagradas, destinadas y consagradas a la religión y al culto. Esta consideración es, sin duda, la que lleva al Reglamento Hipotecario a establecer en su artículo 5.<sup>º</sup> que quedan exceptuados de la inscripción los templos:

destinados al culto católico. Aunque la dicción no sea muy perfecta por la vaguedad del sentido de la palabra «culto», el referirse a «templos» parece contemplar lo que el Código de Derecho canónico define en su canon 1.161 bajo el nombre de iglesia; es decir, «un edificio sagrado que se destina al culto divino principalmente, con el fin de que todos los fieles puedan servirse de él para ejercer públicamente dicho culto». La universalidad del servicio y el carácter público del culto parecen ser las notas definidoras que corresponderían a la idea del «templo», frente a los oratorios, destinados también al culto divino *non tamē eo potissimum fine ut universo fidēlium populo usui sit ad religionem publice colendam* (pero no con el fin principal de que sea usado por la generalidad de los fieles para practicar el culto religioso públicamente), conforme al canon 1.188 del mismo Código.

Respecto de los oratorios públicos o semipúblicos y, con mayor razón en los privados, sería discutible la aplicación del término «templo» empleado por el citado precepto del Reglamento Hipotecario y cabría considerarlos de posible inscripción como bienes susceptibles de tráfico jurídico. (D. I.).

6. NEGOCIOS JURÍDICOS: CALIFICACIÓN: Los actos son lo que realmente expresa el significado de las declaraciones de voluntad, siendo intrascendente, para su calificación, el nombre utilizado por las partes. [S. 2 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

7. NEGOCIO FIDUCIARIO: La escritura pública de venta de fincas por precio confesado, sin causa expresa obligacional por parte de los compradores, y el documento privado en que éstos declaran ceder a su madre, la vendedora, todos los derechos que de ella habían recibido, sirven para sentar que era una forma especial de simular y encubrir un negocio fiduciario.

NEGOCIO FIDUCIARIO: TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO: FINALIDAD: En el caso de autos, aun cuando—en la escritura—, se transfiere la plena titularidad de un derecho, los que lo adquieren contraen—en el documento privado—, frente al vendedor, la obligación de poner a su nombre las fincas recibidas, y todo para conseguir un fin económico determinado, en este caso orientar el cultivo de las tierras y la explotación de las fincas, en forma directa y personal, para con su producto hacer pago de los créditos existentes.

NEGOCIO FIDUCIARIO: ENAJENACIÓN POR EL FIDUCIARIO: Las enajenaciones realizadas tuvieron lugar con olvido de la confianza depositada, quedando a favor de los que se entiendan perjudicados, la acción de resarcimiento que por la infidelidad en el cumplimiento de lo convenido, pueden poner en ejercicio. [S. 5 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: La actora suplicaba en réplica: 1.<sup>o</sup> Que se declarase la simulación absoluta de la escritura de compraventa. 2.<sup>o</sup> Alternativamente, y para el caso de no efectuar la declaración anterior de inexistencia o simulación, declarar complementaria de tal escritura el documento privado. 3.<sup>o</sup> Y al no hacer alguna de las declaraciones anteriores, declarar qué escritura y documento únicamente habían conferido a los demandados una titularidad fiduciaria de confianza, garantía y disfrute, pero sin poder de disposición en los adquirentes a favor de otra persona que no fuera la enajenante, con la que tenían la obligación de restituir las fincas. El Tribunal Supremo acoge esta última postura (compatible con la segunda, en rigor), y declara la existencia de una titularidad fiduciaria. Respecto de las enajenaciones que

realicen los fiduciarios menospreciando la confianza en ellos depositada, parece entender que sólo determinarán en la fiduciante el derecho de exigir el resarcimiento.

8. SIMULACIÓN: PRUEBA INSUFICIENTE: *Otorgada escritura de venta por la que se vende a la hermana y conduceña la mitad indivisa de una casa, no cabe creer que queda demostrada la simulación por el hecho de que de unas notas escritas por el padre del vendedor y compradora, pretendido inducción de la simulación, resulte que ambos hermanos continúan pagando por mitad contribuciones y gastos, máxime cuando, como el Tribunal insinúa, la escasez de elementos con que el perito hubo de contar para emitir su dictamen, inducen a duda sobre su resultado; y sobre todo porque el simulado vendedor hubiera en tal caso exigido al padre que medió en el otorgamiento, un documento de garantía que pusiera a salvo en su día sus derechos, cosa que no se ha dado. [S. 26 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

## II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: POSESIÓN DETENTACIÓN DE LA COSA REIVINDICADA POR EL DEMANDADO: Para el éxito de la acción reivindicatoria es indispensable que el demandado contra el que se dirige la acción sea poseedor o tenedor de la cosa reivindicada. Y comprobado en los autos en el presente caso que el demandado C. había enajenado la finca que la acción ejercitada en su contra se refiere, con anterioridad a la demanda, hecho que reconoce la propia sentencia, debe ésta ser casada.

EXCEPCIONES: DE FONDO Y DE ÍNDOLE PROCESAL: *La Sentencia del Tribunal «a quo» confunde la excepción de falta de personalidad, que es de índole procesal exclusivamente, con la de no ser el demandado poseedor o detentador de la finca reivindicada, que se refiere al fondo del asunto y es de naturaleza perentoria. [S. 16 de diciembre de 1959; ha lugar.]*

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL: INVENCIONES: *El vigente Estatuto da al concepto de invención una interpretación amplia como claramente pone de relieve el artículo 46 al permitir patentar todo perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento con el fin de obtener alguna ventaja sobre lo ya conocido.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: INVENCIONES: NOVEDAD: *El invento debe ser protegido por la Ley especial, cuando constituye una novedad industrial que consigue una ventaja, adelanto o progreso no conocido en su naturaleza o aplicación con anterioridad.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: INVENCIONES: FALTA DE NOVEDAD: VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL: *Es lógico y prudente conceder extraordinaria importancia a la prueba pericial, que es el medio idóneo para conocer las características del objeto discutido. [S. 10 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

3. PRECARIO: POSESIÓN REAL Y A TÍTULO DE DUEÑO: *Habiéndose construido un pozo en la finca y reconstruido el almacén existente en ella, así como pagado su precio y demás gastos ocasionados por la venta, con los fondos de la Sociedad demandada; se infiere de ello que el actor no ha justificado su condición de poseedor real a título de dueño de dicho almacén y terreno sobre el que está edificado, lo que basta para rechazar la demanda de tal como ha sido deducida, esto es, referida a una sola finca, porque de lo contrario se concedería no menos de lo pedido, sino cosa distinta de lo solicitado.*

PRUEBA: VALOR DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS: *Si es cierto que las escrituras públicas hacen prueba en juicio respecto de las partes y sus causahabientes y aún frente a terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, su contenido puede ser desvirtuado por otros medios probatorios.*

PRUEBA: CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial, fuera del caso previsto en el párrafo segundo del art. 580 de la LEC, rendida bajo juramento decisorio no es más que uno de los medios probatorios admitidos en el ordenamiento jurídico, sin preferencia absoluta sobre los restantes. [S. 23 de enero de 1960; no ha lugar.]*

4. DESAHUCIO DE PRECARISTAS: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Aunque para el desahucio de un matrimonio ocupante, en precario, de un inmueble, basta con dirigir la demanda contra el marido, no hay obstáculo para que se demande conjuntamente a ambos.*

DESAHUCIO DE PRECARISTAS: ACTOS PROPIOS: *Quien alegó en juicio anterior, su condición de precarista, no puede en el posterior desahucio por precario modificar su posición alegando un título de subarriendo, sin probar plenamente la convención que dió origen a éste, cambiando su título de ocupación. [S. 29 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

### III. Derecho de Obligaciones.

1. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTO FORMAL DE PLANTEAMIENTO: *Es formalmente defectuoso el recurso en que no es expresa el concepto —violation, interpretación errónea o aplicación indebida— en que se considera infringida la norma.*

DECLARACIÓN UNILATERAL: *En esta sentencia, siquiera sea de forma implícito, viene a negarse la fuerza vinculante, para quien la emitió, de una declaración unilateral de voluntad que no llegó a dar paso a una convención bilateral; así parece inferirse de la confrontación de uno de los «Considerandos» —por sí solo muy vago en cuanto a su significación— con los fundamentos de hecho de la sentencia. [S. 20 de noviembre de 1959; no ha lugar.] (J. P. R.)*

2. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: TIEMPO DEL PAGO: *Si bien es cierto que, ante la situación económica del causante de los demandados, el actor*

*dio facilidades para el cumplimiento de la obligación, esto no es óbice a la reclamación del acreedor, si no era obligada su renovación, ni tenía el aplazamiento un carácter permanente.*

**CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: TIEMPO DE PAGO:** *No es aplicable el artículo 1.108 del C. c. al no aparecer que la voluntad del acreedor fué conceder al deudor un plazo mayor que el transcurrido al formular la demanda.* [S. 27 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

**3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: COMPENSACIÓN DE CULPAS:** *Cuando la culpa concurre tanto en el perjudicado como en aquel a quien se exige responsabilidad, debe regularse expresamente la cuantía de esa participación en la culpa señalando una base cierta y positiva que resuelva el problema planteado, sin que quepa dejar su fijación para peritos en ejecución de sentencia.* [S. 25 de noviembre de 1959; ha lugar.]

**4. ÉXTINCIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: NOVACIÓN:** *El concepto de la novación exige la creación de una relación obligatoria nueva tan dispar de la que altera, que con ella sea incompatible.*

**NOVACIÓN OBJETIVA: REQUISITOS:** *No queda novada una cuenta en participación, ni sustituida por un mutuo con interés por el puro hecho de instar el cuenta participe unas diligencias preparatorias de ejecución y solicitar judicialmente reconocimiento de deuda.* [S. 26 de noviembre de 1959; no ha lugar.] (D. P.)

**5. NOVACIÓN:** *Aún supuesta la variación de renta, lo que podía haberse hecho por novación de la obligación de pago de la renta, el supuesto no autorizaría a creer también derogadas otras cláusulas del contrato.* [S. 26 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

**6. NOVACIÓN: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:** *El cambio de sujeto arrendatario, la ampliación del objeto del contrato y otras modificaciones de menor trascendencia introducidas en el contrato que otorgaron las partes en 1940, revelan todos reunidos que este contrato no fué un mero aditamento del anterior, como pretende el recurso, sino verdaderamente novatorio de éste, sin vínculo ni derivación entre ambos.*

**NOVACIÓN:** *La existencia de novación y nexo entre dos contratos no es «quaestio facti», sino «quaestio iuris».*

**ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSTITUCIÓN POR EL USUFRUCTUARIO: LEGISLACIÓN ANTERIOR: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.<sup>a</sup> DE LA L. A. U. DE 1956:** *Otorgado el arrendamiento por vez primera por los usufructuarios, y en ningún aspecto constituido por el testador propietario, es de aplicar el artículo 480 del C. c. y no la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 por tratarse de derechos nacidos de una relación arrendaticia y ejercitados jurídicamente antes de entrar*

en vigor esta ley, por aplicación de lo dispuesto en la segunda de sus Disposiciones Transitorias. [S. 30 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

7. COMPRADOR: DERECHOS DEL COMPRADOR: SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO: ARTÍCULO 1.502 DEL CÓDIGO CIVIL: FUNDAMENTO: *El derecho que al comprador confiere el art. 1.502 se funda en la bilateralidad del contrato de compraventa y es correlativo al del vendedor de no entregar la cosa según los artículos 1.466 y 1.467 del mismo Cuerpo legal.*

COMPROVAVENTA: DERECHOS DEL COMPRADOR: SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO: ARTÍCULO 1.502 DEL CÓDIGO CIVIL: REQUISITOS: *El derecho que el art. 1.502 concede al comprador está subordinado a dos requisitos, que son: el temor fundado de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa vendida, y que tenga su origen en el futuro ejercicio de una acción reivindicativa o hipotecaria que pueda producir la pérdida de la cosa, sin compensación en el caso de insolvenza del deudor.*

COMPROVAVENTA: DERECHOS DEL COMPRADOR: SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO: ARTÍCULO 1.502 DEL CÓDIGO CIVIL: APLICACIÓN: *Probado en el caso de autos que el vendedor no ha entregado la cosa, que no la puede entregar por continuar ésta en poder de terceros, y que ha tenido lugar un requerimiento notarial preparatorio del ejercicio de la acción reivindicativa por uno de los antiguos propietarios, queda justificado el fundado temor de ser privado del dominio de lo que compró, sin que sea lícito al vendedor derivar sobre el comprador la necesidad de sostener un litigio que sólo a él corresponde.* [S. 5 de noviembre de 1959; ha lugar.]

8. COMPROVAVENTA: DÍA INCERTO PARA EL PAGO DE PARTE DEL PRECIO: CONDICIONES IMPOSIBLES: CONDICIONES DEPENDIENTES DE LA EXCLUSIVA VOLUNTAD DEL DEUDOR: *Otorgada una compraventa en la que se pagó parte del precio convenido, estipulándose que el comprador satisfaría el resto a la vendedora el día en que ésta «le deje la casa completamente desalojada y libre de inquilinos, fecha que le será otorgada la correspondiente escritura pública de venta», y que «todos los gastos que se originen con motivo del desahucio, en su caso, de los inquilinos que actualmente riven en la referida casa, serán de cuenta de la vendedora», no vulnera el art. 1.105 ni los arts. 1.115 y 1.116 todos del Código civil, la sentencia que declara la validez del contrato y la no obligatoriedad del pago del precio aplazado en tanto no se cumpla el término condicional estipulado, que no es de imposible cumplimiento ni desde el punto de vista fáctico ni desde el legal o jurídico, ni depende tampoco de la voluntad exclusiva del deudor del precio.* [S. 14 de octubre de 1959; no ha lugar.]

9. DONACIÓN DE INMUEBLES Y COMPROVAVENTA SIMULADA QUE LA ENCUBRE: *La plena voluntad del contrato de donación subyacente en el simulado de compraventa, arranca de que no se han observado los requisitos formales en la aceptación de la donación de bienes inmuebles que preceptivamente determinan los artículos 629 y siguientes y más concretamente el 633 del Código civil.*

*requisitos formales que si son exigibles siempre en las donaciones puras y simples, con mayor razon lo han de ser en las encubiertas que, por serlo, no pueden gozar de privilegio sobre aquellas. [S. 9 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

**OBSERVACIONES:** De nuevo el problema de la validez de la donación inmobiliaria disimulada bajo un contrato de compraventa. Después del notable estudio realizado por el Profesor DE CASTRO con motivo de la Sentencia de 23 de junio de 1953 (A. D. C. 1953, VI-4, págs. 1003-1105), el Tribunal Supremo ha seguido, con excepción de la Sentencia de 2 de junio de 1956, la tesis restrictiva. Así, en las de 29 de octubre de 1956 y 5 de octubre de 1957. En la misma línea se halla la que comentamos. Hay que hacer notar que exigida con rigor la aceptación de la donación en escritura pública y en vida del donante, toda donación encubierta, *por serlo*, carecerá siempre de esta aceptación específica, lo que conduce a la nulidad en todo caso. En efecto, a consecuencia de la disimulación, el consentimiento de las partes y concretamente, la aceptación del donatario encubierto, sólo podrá manifestarse respecto de la cosa y la causa que constituyen el objeto del contrato elegido como cobertura, y nunca sobre la donación.

**10. RETRACTO DE COLINDANTES:** *Procede este retracto cuando la acequia que separa en parte las dos fincas no constituye accidente de separación. [S. 2 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

**11. RETRACTO DE COLINDANTES: FINCA RÚSTICA:** *Tiene esta naturaleza la casa-pajar y era constitutiva de una sola finca, que se halla situada en el campo; que el destino es servir a un fin agrícola sin que la preponderancia del pajar sobre la era desnaturalice esta condición puesto que se dedica a la guarda de los productos agrícolas.*

**CONSIGNACIÓN DE PRECIO:** *El hecho de afianzar la consignación del precio cuando no es conocido supone el cumplimiento de lo exigido por el artículo 1.525 del Código civil y carece de trascendencia el que posteriormente por dictamen pericial se conociese el importe, pues el precepto no establece plazo alguno para la consignación del efectivo una vez lo sepa el que pretende traer. [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

**12. RETRACTO DE COLINDANTES: PRUEBA DE LA NATURALEZA DE FINCA RÚSTICA:** *Los predios enclavados en el casco de los pueblos, aunque estén destinados a cultivos agrícolas peculiares, no pueden retrajerse, por la sencilla y evidente razón de que en ellos predomina el elemento urbano y hasta el familiar de su normal explotación económica. [S. 7 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

**13. CONTRATO DE OBRA: HOJAS DE CARGO: INTERPRETACIÓN:** *El contrato de construcción de veintitrés naves industriales con la cláusula de que el pago sería al contado por certificaciones mensuales, es un típico contrato de ejecución de obras encajado en el art. 1.588 C. c., y no en el art. 1.592, pues tales certificaciones eran simples hojas de cargo que no implicaban conformidad con la obra ejecutada al carecer de la firma del arquitecto.*

**RUINA DE LA OBRA:** *La ruina a que se refiere el art. 1.591 C. c. no consiste*

sólo en el inmediato y actual derrumbamiento o destrucción, total o parcial de la obra, sino que comprende también los graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la cosa si inmediatamente no se sustituye, por ser imprópria o inútil para su destino.

DAÑOS: ESTIMACIÓN UNILATERAL: *No es aceptable la estimación de unos daños hecha pericialmente de modo unilateral sin control de la otra parte.*

COMPENSACIÓN JUDICIAL: REQUISITOS: *No cabe, cuando frente a la obligación de pago de cantidad líquida y exigible no hay de momento más que una obligación de hacer, que eventualmente puede convertirse en obligación dineraria.* [S. 20 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

14. CONTRATO DE OBRAS: NUEVAS OBRAS: NOVACIÓN: *Si el primitivo proyecto de obras quedó desbordado ante las sucesivas ampliaciones y modificaciones solicitadas por los recurrentes y aceptadas por el contratista, se produjo una novación modificativa del contrato, quedando derogada la cláusula primitiva que prohibía alterar el precio de las obras.*

CLÁUSULA PENAL: ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS: *Es indiferente para la eficacia de la cláusula penal, el que se haya producido, o no, perjuicio, o el posible incumplimiento de alguna obligación de pago por parte de quien reclama la efectividad de aquélla. En cambio, debe tenerse en cuenta la variación esencial de los supuestos básicos de la cláusula penal.* [S. 7 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

Ofrece interés la aplicación de la doctrina de la alteración de las circunstancias básicas a la cláusula penal. En el presente caso —según se indica en el último Considerando— «muy próxima a finiquitar la fecha de entrega de las obras, pactada en ésta, y aún con posterioridad a ella, se hicieron encargos de obras, cuya efectividad era imposible de llevar a cabo dentro del plazo de ella establecido; por lo cual, variado esencialmente el supuesto en que se basaba la cláusula en cuestión, quedó ésta inoperante y no puede reclamarse el abono de la sanción que implicaba».

15. CONTRATO CONSTRUCCIÓN DE BUQUE: INCUMPLIMIENTO: *Queda sujeto a indemnizar daños y perjuicios el constructor de un buque costero que entrega uno de inferior capacidad a la pactada.*

DICTAMEN PERICIAL: *El dictamen pericial prestado fuera del pleito carece en él de eficacia probatoria; no es documento auténtico, a efectos de casación, una certificación del Ayudante Militar de Marina, pues fué dada no con carácter oficial, sino por su calidad de técnico con función simplemente pericial.* [S. 6 de noviembre de 1959.]

16. SOCIEDAD: REQUISITOS DE LA SOCIEDAD: PATRIMONIO SOCIAL: ORGANIZACIÓN: *Para que el contrato sea de sociedad se requiere en todo caso una reciproca aportación de bienes determinados constituyendo con patrimonio social adscri-*

*to al fin común perseguido, lo que exige una íntima vinculación, una organización y cooperación de las personas y un régimen corporativo caracterizado por la unidad del negocio y la gestión administrativa conjunta. [S. 3 de diciembre de 1959; ha lugar.]*

El demandante, titular de la «Agencia Levantina de Transportes», demandó al titular de «Transportes G.», sosteniendo que entre ambos se había celebrado un contrato de sociedad, en el que convinieron unir sus esfuerzos y sus trabajos de forma que el transporte de las mercancías que recogía «Transportes G.», en su central y radio de actividades, para ser transportadas a Barcelona, serían consignadas a «Agencia Levantina» y las que fueran entregadas a «Agencia Levantina» con destino al radio de acción de «Transportes G.», desde Barcelona, serían consignadas a «Transportes G.», distribuyéndose pérdidas y ganancias por mitad, con lo cual se había formado un negocio internamente fusionado, de manera que cualquier beneficio o concesión de líneas, etc., pertenecía por mitad a ambos socios. Solicitó, por todo ello, que se dictase sentencia declarando la existencia de un contrato de sociedad entre las partes, al cual habían aportado sus centrales, siendo la mitad las pérdidas y ganancias y a la mitad de las concesiones de líneas de derechos de opción y de tanteo y, en general, de todo aquello que por una de las partes se hubiera obtenido durante la vigencia del contrato.

El demandado negó estos hechos, sosteniendo que lo único que había existido entre ellos era un servicio de corresponsales reciprocos desde Barcelona a Elda y Elche y viceversa, sin que las pérdidas y ganancias se distribuyeran y, llevando cada uno de ellos una administración independiente.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó en todas sus partes la demanda, pero la Audiencia estimó en parte la demanda declarando la existencia de un contrato de sociedad para la explotación en común del negocio de recogida, reparto y consignación por carretera de mercancías desde Elche, Elda y pueblos de esa zona a Barcelona y regreso, repartiéndose por mitad beneficios y pérdidas del mismo, y que dicho contrato continuaba en vigor no obstante la resolución unilateral hecha por el demandado, por lo que la actora podría exigir en ejecución de sentencia la disolución y liquidación de la Sociedad.

El T. S. da lugar al recurso, casa la sentencia de la Audiencia y dicta otra confirmando la del Juez de Primera Instancia. Dice así en sus considerandos:

1.º Que toda la cuestión debatida en este pleito que hoy viene a casación consiste en determinar si las relaciones contractuales, existentes entre las partes, deben calificarse —como sostiene la actora y la Audiencia— de constitutivas de una Sociedad o si —tesis del demandado recurrente y del Juez de Primera Instancia— sólo envuelven relaciones de corresponsales, sin más derivaciones de negocio alguno, no teniendo otro objeto que consignarse mercaderías de sus agencias respectivas.

2.º Que a diferencia de otros contratos menos complejos, en el de sociedad, hay que agregar a los elementos generales comunes a toda relación contractual la intención de constituir sociedad (*«affecto societatis, animus contraende societatis»*) considerada como elemento distintivo del consentimiento

to, la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios y la obtención de un lucro común partible, elemento que a la vez supone una triple condición: que la intención de los contratantes sea la de obtener una ganancia, que esta ganancia sea común a todos los socios y que la ganancia o la pérdida eventual haya de ser repartida entre ellos.

3.<sup>o</sup> Que en la sociedad, la oposición de intereses propia de los contratos commutativos está constituida por la convergencia de intereses, de aquí que la *voluntad de unión* sea indudablemente el primer elemento esencial de la causa del contrato de sociedad, ya que cada uno de los contratantes en vez de considerarse como rival de los otros es su aliado para luchar con terceros existiendo otro elemento complementario, que es la *voluntad de correr en común ciertos riesgos*, tanto los de pérdidas como los de ganancias, elementos ambos que juxtapuestos constituyen al *effectio societatis*, que en síntesis no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato de sociedad, debiendo el Juez indagar en cada caso la intención que preside la celebración del contrato para discernir si se trata de una verdadera Sociedad.

4.<sup>o</sup> Que no basta este examen psicológico para la calificación jurídica del negocio, pues puede darse el caso de que habiendo intención de asociarse no haya sociedad, por falta de algún elemento objetivo del contrato, entre los que ocupa lugar preponderante la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, suponiendo este requisito que cada uno de los socios aporte o se obligue a aportar algo a la Sociedad y que lo aportado se haga común a todos los socios, pues si cada uno de éstos retiene para sí su cuota o ésta no se hace objeto de goce o disponibilidad común, no podrá hablarse de contrato de Sociedad.

5.<sup>o</sup> Que en Derecho español no hay lugar a dudas, pues tanto el Código Civil como el de Comercio, incluyen en la definición de la Sociedad como elemento esencial el obligarse dos o más personas a poner algo *en común* (artículo 1.665 del Civil) o *en fondo común* (art. 116 del de Comercio) y emplean con frecuencia las expresiones de *fondo común* (Código de Comercio, artículo 122), *acervo común* (Código de Comercio, arts. 136 y 139), *fondo social* (Código Civil, art. 1.699), *capital social* (Código de Comercio, arts. 151 y 160), *masa social o común* (Código de Comercio, arts. 154 y 170) y *caja social* (Código Civil, art. 1.682), aun cuando no sea preciso que este fondo único se constituya con numerario o bienes determinados, pues la ley civil y la mercantil se contentan con exigir que los socios pongan, en común dinero, bienes o industria (o como dice el Código de Comercio, bienes, industria e alguna de estas cosas), lo que prueba que podrá constituirse una Sociedad, solamente con aportaciones de trabajo.

6.<sup>o</sup> Que el patrimonio social lleva siempre consigo una *comunidad de goce*, aunque pueda revestir diversas formas jurídicas por razón de la naturaleza y carácter de las aportaciones que lo integran, ya que la propiedad o titulación de los bienes cuyo goce se aporta al fondo social puede seguir correspondiendo exclusivamente al socio aportante, o puede pasar proindiviso al conjunto de socios —condominio propiamente dicho— o ser adquirida por la Sociedad, considerada como persona jurídica, desapareciendo de este modo la contradicción que pudiera encontrarse entre diversos artículos de nuestro

Código Civil, pues siendo siempre esencial la constitución del fondo común (artículo 1.665) éste puede formarse con aportaciones en propiedad (artículos 1.673, 1.674 y 1.678) o con aportaciones en goce (artículos 1.675, 1.678 y 1.687) y puede constituir un patrimonio autónomo, si la Sociedad no tiene personalidad jurídica o un patrimonio indiviso, si la sociedad no tiene personalidad y se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1.669).

7.<sup>o</sup> Que dados los diversos efectos que engendra la aportación social según se haga en propiedad, en usufructo o en simple uso, interesa mucho determinar cuál de estos caracteres se le haya de atribuir cuando los interesados no hayan expresado claramente su voluntad sobre el particular correspondiendo en cada caso, a falta de reglas fijas en la materia, a los Tribunales, según su prudente apreciación, que en la indagación que realicen en cada caso concreto habrán de interpretar la voluntad de las partes con arreglo a las normas que para la interpretación de los contratos dicta nuestro Código Civil y teniendo en cuenta, a la vez que las cláusulas del contrato, todas aquellas circunstancia de hecho que acompañen al mismo y puedan explicar el fin perseguido por los contratantes pudiendo proporcionar un criterio seguro el tipo de sociedad, la clase de bienes, en qué consisten las aportaciones, los valores respectivos de ésta y el sistema de distribución de ganancias y pérdidas.

8.<sup>o</sup> Que, por último, es elemento esencial del contrato de Sociedad, tal como nuestra legislación le ha concebido y definido, el designio o aspiración de obtener un lucro o ganancia común y divisible entre los socios como fin principal y directo del contrato, es decir, la mira de los contratantes de obtener una ganancia partible, que suponen sea lograda merced a operaciones hechas en común por el empleo directo del fondo o capital, constituido al efecto, y que como lógica consecuencia deban poder participar de ella todos los socios.

9.<sup>o</sup> Que autorizado por el número 1.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil el motivo primero combate la calificación jurídica hecha por la sentencia recurrida al declarar que la relación intercedente entre doña Amparo O., propietaria titular de «Agencia Levantina de Transportes» y don Francisco G., propietario titular de «Transporte G.», es constitutiva de un contrato de Sociedad citando el recurrente como infringidos con esa calificación en concepto de violación los arts. 116, 117, 118 y 119, del Código de Comercio y 1.667 del Código Civil, en relación con los arts. 1.255, 1.261, 1.273 y 1.278 del mismo cuerpo legal, motivo que es estimable, pues, tratándose de un problema estricto de calificación jurídica que encuentra su cauce adecuado en el núm. 1.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se ampara, habida cuenta de los hechos establecidos por la Sala de instancia, aparte de la falta de los requisitos formales que impide la existencia de una Sociedad regular, tampoco concurren los indispensables para el nacimiento de una Sociedad irregular, pues no la engendra de suyo el mantenimiento de una relación económica entre dos o más personas o la existencia entre ellas de intereses comunes o el concurrir en el desarrollo de una actividad, ya que para que el contrato sea de Sociedad se requiere, en todo caso, una reciproca aportación de bienes determinados constituyendo con ellos

un patrimonio que no es el de los componentes de la Sociedad, sino un patrimonio social adscrito al fin común perseguido, lo que exige una íntima vinculación, una organización y cooperación de las personas, en suma, un régimen corporativo caracterizado por la unidad del negocio y la gestión administrativa conjunta, es decir, junto a la concurrencia de estos elementos objetivos la denominada «*affectio societatis*» ya que lo que la Sala declara probado en su Considerando segundo es que «en un día no concretado exactamente, pero entre finales de mil novecientos cuarenta y tres, para la recogida, reparto y consignación de mercancías de Barcelona a Elda, Elche y demás poblaciones de esta zona y viceversa, doña Amparo O., propietaria de «Agencia Levantina de Transportes», y don Francisco G., dueño de «Transportes G.», convinieron en trabajar juntos y repartir por mitad entre ambas las pérdidas y ganancias que hubiera, después de dejar pagados los gastos del transporte de tales mercancías causados por todos conceptos...» y ello no entraña la constitución de una Sociedad cuando no existe unidad de negocio aunque haya una relación entre los respectivamente explotados por el demandante y demandado, que conservan su individualidad en el interior de sus relaciones, desempeñan actividades extrañas a esas relaciones, pagan aparte sus gastos generales, jornales, cargas sociales y seguros, las liquidaciones son quincenales y por mercancías transportadas, sin que exista contabilidad ni balances, no resultando tampoco el requisito específico del fin o interés común, no se descubre la organización corporativa ni la «*affectio societatis*» no tratándose, por tanto, de un contrato de Sociedad, sino de un contrato innominado perfectamente válido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, y al no entenderlo así la sentencia recurrida ha cometido las infracciones que se denuncian en este motivo cuya estimación hace inútil el examen de los restantes formulados con carácter subsidiario.

**OBSERVACIONES:** La sentencia anotada posee, como habrá comprobado el lector un extraordinario interés en lo que se refiere a la delimitación de los presupuestos del contrato de Sociedad y su diferenciación con otros contratos afines, en lo que sigue con bastante fidelidad la doctrina ya consagrada de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Madrid, 1952, página 522 y sigs.

Sin embargo, en la interna arquitectura de la Sentencia puede observarse alguna contradicción y alguna anomalía que son, en definitiva, desviaciones de esta consagrada doctrina a que antes nos referíamos.

a) Al analizar, como elemento esencial de toda sociedad, el fondo social o fondo común, dice la Sentencia al final del quinto considerando que «no es preciso que este fondo único se constituya en numerario o bienes determinados, pues la ley civil y la mercantil se contentan con exigir que los socios pongan en común dinero, bienes o industria (o como dice el Código de Comercio, bienes, industria o alguna de estas cosas), lo que prueba que podrá constituirse una Sociedad solamente con aportaciones de trabajo» (en el mismo sentido, *cfr. CASTÁN, op. y loc. cit.*, págs. 522 y 523).

En el considerando noveno, en cambio, recogiendo la argumentación del recurrente, dice que «para que el contrato sea de Sociedad se requiere en todo caso una recíproca aportación de bienes determinados, constituyendo con ellos un patrimonio que no es el de los componentes de la Sociedad, sino un patrimonio social». Ahora bien, si se ha admitido, como es natural, que existe sociedad con simples aportaciones de industria o de trabajo (considerando 5.º), ¿cómo es posible decir después que la Sociedad se integra con una «re-

cíproca aportación de bienes determinados» y que debe formarse un patrimonio social?

b) Siguiendo el razonamiento del recurrente dice también el Tribunal Supremo que no existe Sociedad «cuando no existe unidad de negocio, aunque haya una relación entre los respectivamente explotados por demandante y demandado».

Estas alusiones reiteradas a la necesidad de una «unidad de negocio», de un «régimen corporativo» y de una «gestión administrativa conjunta», parecen excesivas. Confesemos que el contrato de sociedad está en nuestro Derecho muy borrosamente configurado, pero, aun así, parece que no deben encuadrarse dentro de él sólo aquellos fenómenos en que una cooperación económica reviste una forma corporativa (entidad social, patrimonio, unidad de negocio, organización, etc.), sino también aquellas actividades más simples en que las personas trabajan en común, colaboran con ánimo de repartir pérdidas y ganancias. (L. D. P.)

17. SOCIEDAD: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: SERVICIOS TÉCNICOS COMO COLABORACIÓN SOCIAL: Según jurisprudencia reiterada, el enriquecimiento injusto requiere un desplazamiento patrimonial, con el subsiguiente empobrecimiento de una de las partes y correlativa ventaja económica de la otra, y que tal desplazamiento carezca de causa jurídica que lo justifique; no hay enriquecimiento injusto cuando los servicios prestados lo fueron en virtud de la obligación de cooperar todos los socios al auge y desarrollo de la sociedad, siendo compensados aquéllos por los incrementos de valor de las acciones, ya percibido por el actor al separarse de la sociedad. [S. 16 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

#### **IV Arrendamiento de cosas.**

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: El arrendamiento por el que se cede el local y un negocio en marcha que venía siendo explotado por el arrendador integrando una unidad patrimonial con vida propia, es arrendamiento de industria, sin que el pacto de enajenación en enseres y anaquelería, desvirtúe tal carácter si se conserva el rótulo del establecimiento y se reserva el arrendador el señalamiento de los proveedores.

CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: Es a los Tribunales, y no a las partes, a quien incumbe definir la verdadera naturaleza del contrato sometido a litigio. [S. 14 de diciembre de 1959; no ha lugar.] (J. P. R.)

2. ARRENDAMIENTO DE NEGOCIO Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: Existiendo una escritura pública de traspaso (otorgada con la aprobación del propietario del inmueble, que percibió su participación legal), en la que el arrendatario anterior, dueño del negocio, cedió dicho negocio al demandado, hay que reconocer a éste la calidad de arrendatario del local de negocio y no la de arrendatario del negocio, no obstante la existencia de otros elementos probatorios en contrario considerados relevantes por el recurrente. [S. 27 de octubre de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: En el recurso se acusaba al juzgador de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, indicando como documen-

tos y actos auténticos que patentizaban la equivocación, los siguientes: Un documento privado de arrendamiento de industria suscrito por el propietario de quien el recurrente traía causa y el demandado, documento que éste reconoció como suscrito de su puño y letra al absolver posiciones; una escritura pública en la que el recurrente compraba al propietario anterior el negocio y la finca urbana en que aquél estaba instalado; y por último, la propia confesión del demandado que, absolviendo posiciones, contestó ser cierto que era arrendatario de un negocio de comestibles. (D. I.)

3. ARRENDAMIENTO CONSTITUIDO POR EL USUFRUCTUARIO: ARTÍCULO 480 DEL CÓDIGO CIVIL: USUFRUCTO CONTRACTUAL: *El artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 no derogó el artículo 480 del Código civil que es, por tanto, aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados con el usufructuario que se extinguen a la muerte de éste, sin que sea dado distinguir, porque la ley no distingue, entre el usufructo legal y el voluntario, sea éste de origen contractual o testamentario, pues tienen un alcance y efectividad idénticos y se rigen por la misma preceptuación.*

AMBITO DE APLICACION DE LA L. A. U. DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946: VALOR DE LA LEGISLACIÓN POSTERIOR: *Los arriendos pactados durante la vigencia de dicha Ley de 1946 se rigen por lo en ella dispuesto, sin que pueda pretenderse la aplicación de la legislación posterior —Decreto de 13 de abril de 1956—, toda vez que esta nueva Ley no interpreta, sino que modifica la anterior. [S. 28 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

4. RETRACTO ARRENDATARIO: SUBARRIENDO O DELEGACIÓN GRATUITA: *El que ocupa un piso por tolerada delegación gratuita y no especulativa de su familiar, que es el inquilino, lo ocupe en nombre de éste, y en consecuencia no es más que un delegado o representante del arrendatario y carece de título para ejercer el retracto que corresponde según el art. 48 de la L. A. U., al que lo «ocupa» a título de inquilino. [S. 4 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

I. A. inquilino de un piso desde el año 1942, se traslada a otro del mismo inmueble en 1946 con objeto de vivir con una hija casada. En el piso arrendado entra a vivir un hermano X. del yerno de A. quien paga la renta del mismo hasta 1954, recogiendo los recibos en portería que siguen extendidos a nombre de A., pues se quiso evitar que el arrendador tuviese conocimiento de la situación y ejercitase los derechos que la Ley le reconoce. Desde 1954 es de nuevo A. quien paga las rentas. Vendida la casa por pisos, se notifica la venta a X. y también a A., con posterioridad. Ambos pretenden ser los titulares del ejercicio del derecho de retracto: A. por ser la inquilina, X. aduce que ha habido una cesión gratuita del arrendamiento consentido por el dueño o, en último caso, un subarriendo.

II. El T. S. sienta la doctrina, que no ha de dejar de llamar la atención, de que lo habido es una «tolerada delegación gratuita», ya que no hubo subarriendo porque el inquilino con su actitud no se lucró, ni tampoco cesión, puesto que los recibos seguían viniendo a nombre del arrendador. (A. J.)

5. RETRACTO ARRENDATARIO: ARRENDATARIO SUSTITUTO: *El retracto arrendatario solo se concede al que ocupa lo arrendado a título de arrendatario, mas no,*

*a quien, aunque haya perfeccionado un contrato de arrendamiento, no ocupa el piso, ni consuma el contrato meramente celebrado.* [S. 13 de diciembre de 1959; ha lugar.]

**HECHOS:** El Gerente de una Sociedad Inmobiliaria arrienda a su madre dos casas embargadas y que a continuación se adjudican a una tercera persona. De la prueba resulta que la arrendataria no había usado ninguna de las dos casas. (A. I.)

6. RETRACTO ARRENDATARIO: SEGREGACIÓN DE PLANTA: *Segregada y vendida una planta que comprende dos locales comerciales, el arrendatario titular de uno de ellos puede ejercer el retracto respecto de su establecimiento, pues de otra forma se burlaría la finalidad de la Ley.* [S. 3 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

7. TANTEO ARRENDATARIO: INDENIZACIÓN LABORAL: *Quien ejercite el tanteo referido exclusivamente al local de negocio, sin existencias, no tiene que añadir al precio de aquél el importe de las indemnizaciones laborales, pues de seguir esta tesis resultaría que los productores estarían adscritos o vinculados al inmueble.* [S. 2 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

8. RETRACTO ARRENDATARIO: NO NECESIDAD DE CONSIGNAR RENTAS: *El artículo 148 de la L. A. U. es de aplicar siempre que se trate de procesos en que se debate sobre la resolución del contrato pero no cuando se ejercita el retracto.* [S. 20 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

9. RETRACTO ARRENDATARIO: PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE INQUILINO: *No es posible ejercitar con éxito el retracto por el solo hecho de tener el demandante en su poder el exemplar del contrato de inquilinato, cuando ha quedado acreditado con las pruebas practicadas que el mismo no es el verdadero y real inquilino.* [S. 6 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

1.0 RETRACTO ARRENDATARIO: PLAZO: *Si el inquilino asistió al otorgamiento de la escritura de venta y manifestó expresamente en ella su voluntad de haberse enterado de la celebración de la transmisión, el plazo para el ejercicio del retracto corre desde esa fecha y no desde la entrega de la copia, pues la participación en tal acto equivale a la notificación.* [S. 9 de octubre de 1959; ha lugar.]

11. RETRACTO ARRENDATARIO: SURROGACIÓN HIPOTECA: OBLIGACIONES PREVIAS AL RETRACTO: LEY DE 15 DE JULIO DE 1952: *Cuando el retracto se ejercita al amparo de la citada Ley tiene notas específicas que le diferencian del retracto tradicional ya que no cabe la subrogación en cuanto a las cargas o hipotecas que gravan el piso transmitido, sino que conforme al art. 6, el propietario tendrá obligación de cancelar la carga en la propia escritura de venta imputando a esa cancelación la totalidad o parte del precio que reciba del arrendatario, sin cuyo requisito no procederá el préstamo.* [S. 16 de octubre de 1959; no ha lugar.]

12. DERECHO DE RETRACTO: PLURALIDAD DE VIVIENDAS: *Los números 1 y 2 del art. 47 de la L. A. U. conceden el derecho de retracto al arrendatario de finca en la que sólo existiere una vivienda o local de negocio que fueren ocupados por aquél, pero no cuando, como en el caso de autos, hay dos.* [S. 14 de octubre de 1959; no ha lugar.]

13. EMBARGO DEL DERECHO ARRENDATARIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *El desahucio del arrendatario por falta de pago hace ineficaz el embargo de los derechos de traspaso realizado por los acreedores.* [S. 27 de enero de 1960; ha lugar.]

14. PRÓRROGA FORZOSA: VINCULACIÓN A LA MISMA DEL ADQUIRENTE DE UNA FINCA: *El adquirente de una finca se halla obligado a respetar los arriendos, regidos por la L. A. U., otorgados por su transmitente, con las cláusulas en el establecidas, incluso las de autorización de subarriendo.*

FECHA DEL CONTRATO OTORGADO EN DOCUMENTO PRIVADO: *El adquirente de una finca no es tercero respecto al contrato de arrendamiento otorgado por el transmitente, sino por subrogación, parte del mismo, por ello se halla vinculado en la misma medida que el primitivo arrendador, a reconocer como cierta la fecha asignada al arrendamiento en el documento privado contractual.* [S. 13 de octubre de 1959; no ha lugar.]

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: *No es esencial, en el requerimiento denegatorio de prórroga, que se manifieste el nombre del contrayente ni la razón de residencia.* [S. 2 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

Viene a decirse también en esta sentencia que quien al contestar al requerimiento denegatorio de prórroga acepta implicitamente la realidad de alguno de los hechos alegados en el requerimiento, no puede desconocer, posteriormente, en el proceso resolutorio tales hechos.

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATARIA: SELECCIÓN: *Las reglas sobre selección de inquilinos a efectos de soportar la denegación de prórroga, no son aplicables a los locales de negocio, los que no pueden computarse en tal selección.* [S. 11 de noviembre de 1959; no ha lugar]

17. LEGISLACIÓN DE SOLARES: DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO: *La indemnización al arrendatario a que se refiere la legislación de solares puede revestir la forma de un derecho de retorno a la finca.*

CONSIGNACIÓN: *La consignación para que surta efectos de pago debe realizarse conforme a lo dispuesto en los arts. 1.176 y sigs. del Código civil.*

NORMAS INTERPRETATIVAS O ACLARATORIAS: *Un Decreto declaratorio o interpretativo tiene eficacia retroactiva.* [S. 7 de enero de 1960; no ha lugar.]

Se refiere esta sentencia al Decreto de 5 de septiembre de 1952 que aclaró, complementó e interpretó la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945 otorgando a los arrendatarios que hubieren de ser desalojados por aplicación de dicha Ley la facultad de optar entre el cobro de la indemnización o el derecho de retorno configurados ambos en la L. A. U. de 1946.

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA, POR NO USO; JUSTA CAUSA: NEGOCIOS DE EJERCICIO INTERMITENTE: *Existe justa causa en el cierre de un local de negocio por más de seis meses al año, si en él se ejerce un negocio veraniego que, de modo natural, se halla paralizado o con actividad restringida en el resto del año.* [S. 11 de diciembre de 1959; ha lugar.]

Ratifica esta sentencia el acertado criterio ya mantenido en otra de 22 de junio de 1959 (Vid. en este ANUARIO, 1959, pág. 1453) en la que, como en ésta, hubo de darse lugar al recurso.

19. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL CERRADO: *El hecho de permanecer el local cerrado por un tiempo superior a seis meses, no se justifica ni por la existencia de un pleito pendiente sobre resolución del contrato de arrendamiento ni por la espera de oportunidad del traspaso, ya que ninguno de ellos son impedimentos ni obstaculizan el desarrollo del negocio.* [S. 20 de octubre de 1959; no ha lugar.]

20. L. A. U. DE 1946: TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRIENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El heredero del arrendatario de local de negocio que hubiere sucedido «mortis causa» a éste en tal titularidad, no puede ya transmitirla a su vez a sus herederos.*

L. A. U. DE 1955: DERECHO INTERTEMPORAL: INICIACIÓN DE EJERCICIO DE DERECHO: *El requerimiento de desalojo hecho al ocupante de un local de negocio bajo la vigencia de la L. A. U. de 1946, supone la iniciación extrajudicial del ejercicio de un derecho por lo que, al deducirse éste judicialmente, será aplicable, en cuanto al fondo, la citada L. A. U. de 1946.* [S. 19 de noviembre de 1959.]

OBSERVACIONES: La primera de las anteriores máximas jurisprudenciales reitera la doctrina mantenida bajo la vigencia de la L. A. U. de 1946 respecto a la existencia de una sola transmisión *mortis causa* del derecho arrendatario de local de negocio, doctrina basada en la preocupación de tipo conceptualista, de evitar la vinculación indefinida del arrendatario y sus sucesores a la cosa arrendada, pero que olvidaba que tal vinculación indefinida puede darse en otros supuestos, como el de arrendamiento otorgado en favor de una persona jurídica —que subsistirá normalmente en tanto persista la sociedad— y, sobre todo, preseñindia del significativo contraste ofrecido por el art. 71 de la L. A. U. de 1946 en que se regulaba una transmisión *mortis causa* «sui generis» del derecho arrendatario de vivienda, deferida, no según las reglas de la sucesión ordinaria *mortis causa*, sino en favor de determinados familiares conviventes, y el artículo 73 de la propia Ley en la que, por el contrario, se ordenaba la transmisión del derecho arrendatario de local de negocio por vía de herencia ordinaria como la de cualquier otro bien o derecho del patrimonio del arrendatario, lo que evidenciaba, ante la inexistencia de norma restrictiva alguna,

respecto a tal clase de arriendo, el propósito del legislador de no poner cortapisa alguna al número de sucesivas transmisiones arrendaticias del derecho de arriendo de local de negocio; tales cortapisas hubieran sido incongruentes, por otra parte, con un régimen legal en el que el derecho en cuestión se configura como algo susceptible de un indefinido número de transmisiones *inter vivos*.

La L. A. U. vigente quiso sin duda salir al paso de una jurisprudencia más apegada, por lo general, al método conceptual que al teleológico, agregando a la antigua norma del art. 73 un precepto en el que se dice que las «transmisiones que se causen con posterioridad a la primera, darán derecho al arrendador a elevar la renta en los términos especificados en el art. 98, número 5», precepto del que se infería, en forma inequívoca, la voluntad del legislador de desautorizar --cuando menos implícitamente-- la antigua doctrina jurisprudencial, afirmar la posibilidad de un número indefinido de transmisiones, y, por otra parte, otorgar al arrendador una compensación por la indefinida perduración del arriendo en la que no se había pensado al redactar la Ley de 1946. El contraste entre los actuales arts. 58 y 60 demuestra el diverso criterio que preside la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de vivienda con respecto al de negocio; el primero regula la sucesión del inquilino titular --es decir, puesto en relación este artículo con el 59, del inquilino originario-- en tanto que el art. 60 se limita a decir que al arrendatario --y tanto si lo es el originario como el que hubiere adquirido tal derecho por sucesión *inter vivos* o *mortis causa*-- le sucederá al morir su heredero. La doctrina --con raras salvedades-- ha afirmado, sin reparo alguno, el carácter múltiple e indefinido de las transmisiones del derecho arrendaticio de local de negocio en la L. A. U. vigente; véase por todas, la opinión de CASTÁN y CALVILLO en la más completa y valiosa, de las exposiciones de Derecho arrendaticio urbano que cabe disponer (*Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1.<sup>a</sup> ed., II, pág. 942).

Ante tales antecedentes resulta sorprendente que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1959 haya insistido, con relación a la nueva L. A. U., en la antigua doctrina, con base en tres argumentos que, a decir verdad, resultan totalmente inconsistentes respecto a la finalidad propuesta. Se dice en ella que de haber querido innovar el régimen anterior se hubiera afirmado la innovación expresamente, argumento que carece de todo valor ante el terminante texto del párrafo transcritto del que se infiere la transmisibilidad indefinida de forma por demás concluyente, ello aparte de que como ya se ha indicado, en realidad, la nueva Ley nada ha innovado, sino que se ha limitado a corregir una interpretación errónea de la antigua. Menos consistente, si cabe, es el argumento en virtud del cual la prorrogabilidad indefinida convertiría al derecho arrendaticio en un derecho perpetuo y, por tanto, real, ya que nadie considera, por ejemplo, que el arriendo a una sociedad, por ser de duración indefinida constituya un derecho real y, por otra parte, se hallan los intereses sociales y la voluntad del legislador que, respondiendo a éstos, puede dar a una relación jurídica una estructura y alcance diversos de los que le correspondían con arreglo a estudios antiguos de la evolución jurídica y a la dogmática elaborada con relación a los mismos. En cuanto al tercer argumento no puede siquiera tomarse en consideración ya que si no existe más que una transmisión y, por tanto, la muerte del arrendatario de local de negocio heredero del primitivo, extingue el arrendamiento, claro es que no cabe hablar de transmisiones causadas con posterioridad a la primera, sino de contratos de arrendamiento otorgados *ex novo*, en favor de los herederos del heredero en los que el arrendador podría exigir la renta que estimase conveniente sin limitación de ningún género ya que ninguna cortapisa legal tendría en cuanto a la elección de arrendatario.

La gravedad de la doctrina sentada por la sentencia de 9 de diciembre de 1959, en cuanto resulta difícil, por no decir que imposible, conciliarla con la norma legal y en cuanto supone un grave quebranto para la estabilidad de las empresas industriales y mercantiles, que exige se respete en la mayor medida posible su continuidad, en la misma sede física, a través de sucesivas

generaciones, es manifiesta; cabe esperar, por ello, una rectificación en ulteriores sentencias en el sentido de reconocer la base jurídica para tal continuidad, sin que ésta tenga que alcanzarse —de mantenerse la doctrina del Tribunal Supremo—, a través de medios indirectos, cual sería la transformación de los arrendatarios individuales en arrendatarios sociales a través de actos de aportación del derecho arrendatario a una sociedad de tipo capitalista —cumpliendo, eso sí, los requisitos del traspaso y realizando una valoración elevada del derecho arrendatario a efectos de impedir en la práctica el tanteo o retracto del arrendador—, que podría continuar indefinidamente el arriendo a cubierto de las vicisitudes personales de los componentes. (J. P. R.).

21. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAMBIO DE DESTINO: *No es causa de resolución el que en el local arrendado exclusivamente para el desarrollo de actividades comerciales instale el arrendatario su vivienda, ya que la facultad de dicha parte para destinar a vivienda propia parte del local de negocio puede ejercitarse al iniciarse el arriendo o en cualquier tiempo posterior.*

RENUNCIA DE DERECHOS: RENUNCIA TÁCITA: *La renuncia de derechos puede producirse en forma tácita pero sólo cabe deducirla de hechos concluyentes que revelen de manera clara e indudable el consentimiento. La cláusula sobre destino exclusivo de un local a actividades comerciales no puede considerarse como renuncia tácita al derecho a destinar a vivienda propia parte del mismo.*

RENUNCIA DE DERECHOS: DERECHOS NO REGULADOS AL TIEMPO DE LA RENUNCIA: *No es eficaz la renuncia a un derecho no reconocido por la legislación vigente al tiempo de la renuncia. [S. 27 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO: PRESUNCIÓN: *El cambio de titularidad fiscal de un negocio no supone necesariamente la existencia de un traspaso del mismo. [S. 15 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR PRETENDIDA TRANSMISIÓN DEL USO A TERCERO: *No incide en causa de resolución el arrendatario que presta en un local de negocio los servicios de correspondencia de diversas entidades bancarias auxiliado por un mandatario, con poder de representación suyo, que es, a la vez, empleado de una de dichas entidades bancarias, pero no apoderado ni representante de la misma, ya que no existe transmisión a tercero del uso de lo arrendado.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INVOCACIÓN DE ÓRDENES MINISTERIALES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA: *Un recurso formalizado por infracción de precepto o doctrina de Derecho privado no puede apoyarse en una Orden ministerial, tanto por su naturaleza fiscal o administrativa como por su rango normativo inferior al de la Ley. [S. 27 de enero de 1959; no ha lugar.]*

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBA: *Los documentos alegados no acreditan el manifiesto error en la apreciación de la prueba, pues lo único que prueban es que el recurrente ejerce también su profesión e médico en otro local, y esto no contradice en nada a que igualmente lo ejerce en la vivienda del arrendatario.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CONSIDERACIONES SUPERFLUAS: *Basándose la resolución del arrendamiento en el hecho, declarado probado, del subarriendo inconsentido, no puede desvirtuar tal efecto la consideración superflua que hace la sentencia recurrida acerca de las consecuencias legales a que daria lugar la cesión de la vivienda por el arrendatario.* [S. 25 de noviembre de 1959; desestimatoria.]

25. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: EFECTOS EN EL SUBARRIENDO: *Dada la radical imposibilidad de que subsista una relación arrendaticia sin arrendatario y otra subarrendaticia sin subarrendador, es innecesario, aunque no está prohibido, el emplazamiento del subarrendatario en los procesos resolutivos de los vínculos arrendaticios, en los cuales, sin necesidad de declaración expresa, la sentencia que en ellos se dicta despliega todos sus efectos contra el subarrendatario, no emplazado, ni oido, ni personalmente vencido.*

OCCUPACIÓN POR PERSONA DISTINTA DEL ARRENDATARIO: *La ocupación de la cosa locada por persona no arrendataria, comporta una transmisión de la relación arrendaticia con consentimiento del arrendatario, prohibida por la ley, sin el del arrendador, si el arrendatario no prueba que se ha operado por subarriendo o por transferencia o traspaso, realizado según el modo que autoriza la ley*

CESIÓN EN CONCEPTO DE APORTACIÓN A SOCIEDAD: *En el modo autorizado en el capítulo 4.<sup>º</sup> de la Ley especial para realizar la transferencia o traspaso, no se halla comprendida la transmisión por aportación a una sociedad que lo ocupa como sede de su propio negocio.* [S. 11 de diciembre de 1959; desestimatoria.]

26. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: CONVALIDACIÓN DE ÉSTE: ACTOS PROPIOS: *El arrendador que en un acto de conciliación niega a un adquirente en traspaso la prórroga arrendaticia por razón de necesidad, no puede en posterior juicio accionar contra el mismo con base en la irregularidad de la cesión, sin violar el principio de respeto a los actos propios.* [S. 4 de diciembre de 1959; ha lugar.]

27. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN SOCIEDAD ANÓNIMA NO INSCRITA: *Es causa de resolución la transformación de una Sociedad de responsabilidad limitada en una Sociedad Anónima no inscrita, pues la colectividad sin personalidad —pues falta la inscripción—, ocupante del local arrendado, es sujeto distinto de la Sociedad de responsabilidad limitada que debe reputarse extinguida.* [S. 2 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

28. TRASPASO ILEGAL DE LOCAL DE NEGOCIO: SOCIEDAD IRREGULAR: *La constitución de una sociedad irregular entre el arrendatario y una tercera persona es un traspaso inconsentido e ilegal.* [S. 11 de noviembre de 1959; ha lugar.]

Las dos sentencias de instancia habían declarado no haber lugar a decretar la resolución del contrato de arrendamiento. El T. S. declara haber lugar al recurso de injusticia notoria. Dice así en sus considerandos:

1.<sup>o</sup> La sentencia recurrida estima probado la existencia del contrato de arrendamiento acompañado a la demanda, otorgado en 1 de julio de 1945 sobre un local destinado a taller de cristalería y a cuyo arrendatario don Antonio, por la cláusula segunda de dicho contrato, se prohibía subarrendar ni traspasar sin conocimiento del propietario o, en su caso, de quien le representara, habiéndose celebrado entre aquél y don Luis F. documento privado de 12 de enero de 1947 un contrato por cuya virtud el citado arrendatario interesó al señor F. en la explotación del negocio al que éste aportó 10.000 pesetas, adquiriendo, en cambio, entre otros derechos el de la propiedad de la mitad proindivisa de dicho negocio y el de participación en los beneficios, habiendo fallecido dicho arrendatario el 6 de octubre de 1951.

2.<sup>o</sup> El contenido del documento privado que se acaba de citar revela que lo que celebraron las partes no fué un contrato de cuentas en participación, aunque así lo denominaran, porque lo que caracteriza a este contrato es que la propiedad, dirección y responsabilidad del negocio se centra en la persona del gestor, sin más limitación que la de rendir cuentas y distribuir beneficios y pérdidas con el cuenta-partícipe, pero desde el momento en que por dicho contrato se adquirió por don Luis F. la mitad proindivisa del aludido negocio a cuya explotación habría de contribuir con su personal aportación laboral, con derecho a participar en los beneficios, con otras facultades como las de contratar a nombre propio y para el negocio, fiscalizar la dirección y administración del mismo, intervenir en el movimiento de cuentas corrientes bancarias, etcétera, la situación creada entre las partes contratantes no podía constituir un contrato de tal naturaleza jurídica, sino el de una sociedad irregular como acertadamente ha sido calificado por la sentencia recurrida.

3.<sup>o</sup> De lo expuesto se desprende que el acto realizado por el arrendatario, si bien no implicó la aportación del local arrendado a una sociedad que, por no haberse constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, carecía de personalidad jurídica como tal, determinó la introducción en el local arrendado para el goce o uso del mismo de una persona individual distinta del arrendatario a que dicho uso o goce fué cedido en razón de su participación en el negocio y como tal acto envolvía un traspaso, que exigía para su validez el consentimiento expreso del dueño, conforme se prevenía en el artículo noveno, apartado C. del Decreto de 21 de enero de 1936, que era la legislación vigente en la fecha de celebración del contrato aludido, y tal consentimiento no se dió, es obvio que el traspaso carecía de legitimidad y no se podía obligar al arrendador ni a quien de él trajera causa a reconocerle, sin que a ello pueda oponerse lo estatuido por el contrato de arrendamiento en su aludida cláusula segunda, por la que se prohibía al arrendatario el subarriendo o traspaso sin conocimiento del propietario o de quien lo representase, porque tal conocimiento no podía tener lógicamente otra finalidad que el que, una vez el propietario conociese el propósito del arrendatario de subarrendar o traspasar, pudiera dar su conformidad u oponerse a ello, porque en otro caso no surtiría efecto alguno la prohibición que se había establecido y, por ello, no puede entenderse que bastara el mero conocimiento del subarriendo o traspaso adquirido por el propietario en cualquier tiempo anterior o posterior al otorgamiento de aquellos actos y se le hubieran comunicado o no por el arrendatario para que la expresada cláusula contractual pudiera

constituir una renuncia del propietario a consentir o no el traspaso, derecho que derivaba no solamente de los términos del contrato rectamente interpretados, sino de la Ley, y cuya renuncia, como la de todo derecho, para tener virtualidad habría de derivar del consentimiento expreso del renunciante o de su consentimiento tácito cuando éste se fundara en actos de tal manera concluyentes que demostrasen de una manera clara e indubitable la voluntad de renunciar por parte de aquél que los realizara, y la Sala sentenciadora al no entenderlo así infringe por interpretación errónea el artículo 9.<sup>o</sup> del Decreto de 21 de enero de 1936, por lo que se impone estimar el motivo tercero del recurso.

4.<sup>o</sup> Es igualmente procedente la estimación del motivo cuarto, en cuanto una tercera persona ajena al arrendatario y sus causahabientes ocupa el local arrendado para el ejercicio de un actividad mercantil sin que se haya justificado que tal ocupación lo realice por un título legítimo de subarriendo o traspaso por falta de los requisitos que la Ley exige para la validez del primero —autorización expresa y escrita del arrendador, artículo 30 de la anterior Ley de Arrandamientos Urbanos— o la del segundo, a saber el cumplimiento de los requisitos prevenidos en la capítulo cuarto de dicha Ley, artículo 45 de la misma, lo que determina la resolución del contrato de arrendamiento conforme a las causas segunda y tercera del artículo 149 del expresado texto legal.

**OBSERVACIONES:** Parte la sentencia anotada, para decidir el problema debatido, de la distinción entre los contratos de Sociedad y de cuentas en participación. Lo que caracteriza a este contrato es —dice el considerando segundo— que «la propiedad, dirección y responsabilidad del negocio se centran en la persona del gestor, sin más limitaciones que la de rendir cuentas y distribuir beneficios y pérdidas con el cuenta-partícipe». No hay en el caso presente un contrato de cuentas en participación, aunque así lo hayan denominado las partes, sino un contrato de Sociedad, puesto que el otro contratante: a) adquiere la mitad proindivisa del negocio; b) contribuye a la explotación del mismo con una personal aportación laboral; c) tiene facultades para contratar a nombre del negocio; d) fiscaliza la dirección y administración del mismo; e) interviene el movimiento de cuentas corrientes bancarias, etc. En estos términos no puede hablarse de contrato de cuentas en participación, sino de contrato de sociedad.

Hay, pues, constitución de una sociedad, que es «irregular», porque no se han observado las formalidades del C. de C., ni ha adquirido personalidad jurídica. No obstante esta «irregularidad», la sociedad del arrendatario con un tercero implica traspaso. En causa de resolución del arrendamiento se incide —insiste una vez más el T. S.— siempre que hay «introducción en el local arrendado para el goce o uso del mismo de una persona distinta del arrendatario». (L. D. P.)

29. **OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN:** *Lo son la construcción sin consentimiento del arrendador, de un tabique de ladrillo sustituyendo las mamparas de madera y cristal de separación de la droguería y la oficina, y la construcción de estantes y armarios de ladrillo y yeso que modifican la configuración del local arrendado.* [S. 25 de enero de 1960; no ha lugar.]

30. **OBRAS INCONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO:** *Para admitir el consentimiento tácito es preciso que los actos u omisiones en que se funde sean inequívocos, es decir, que no ofrezcan la posibilidad de diversas interpretaciones.*

CONFIGURACIÓN: Se altera cuando las obras consistan en modificar otras anteriores realizadas con el consentimiento del arrendador, pues estas quedaron incorporadas al inmueble formando una configuración determinada que no puede variarse, aunque no rebase la distribución primitiva, sin el consentimiento del arrendador.

ARRENDAMIENTO URBANO: CONFIGURACIÓN: Se altera aunque las obras realizadas hubieran consistido en devolver al local su distribución primitiva. [S. 28 de octubre de 1959; no ha lugar.]

31. OBRAS: CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO: La cláusula que expresa que el destino dado al local arrendado será exclusivamente para oficinas y materiales de construcción, infiere el consentimiento implícito del arrendador desde el momento en que el cuarto estaba anteriormente dedicado a vivienda, y era necesario realizar obras de instalación en el mismo para adaptarlo a las nuevas necesidades inherentes al cambio de destino. [S. 18 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

32. OBRAS INCONSENTIDAS: PERMISO IMPLÍCITO: El consentimiento del arrendador se deduce del permiso que dió para empalmar con una tubería, dentro de su propio comercio, la de desague de la cubeta con la que se obstruyó una de las puertas del piso arrendado, obstrucción por él conocida, y claro es que si dió permiso para esta instalación y obstrucción consiguiente, no es menos lógico deducir que también lo dió, por lo menos implícitamente, para abrir otra puerta en sustitución de la obstruida, so pena de dejar incomunicada la habitación en que se había instalado la cubeta. [S. 18 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

33. CONSENTIMIENTO: El conocimiento de ciertas obras no equivale al consentimiento otorgado para su realización, ni de la existencia del primero puede deducirse siempre, lógicamente, la del segundo. [S. 19 de octubre de 1959; no ha lugar.]

34. RESOLUCIÓN: INDUSTRIA INCÓMODA Y PELIGROSA: La afirmación hecha por la Sala de instancia acerca de la notoria incomodidad y peligro que supone la actividad desarrollada en el local arrendado, con motivo de la industria de fabricación de papel embreado, sólo puede ser atacada en injusticia notoria demostrando el manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental o pericial obrante en autos.

RESOLUCIÓN: INDUSTRIA INCÓMODA Y PELIGROSA: L. A. U. VIGENTE: Para que proceda la resolución, según la causa 8.<sup>a</sup> del art. 114 de la L. A. U., no es necesario que la actividad de la industria sea, a la vez, peligrosa e incómoda, bastando que concurre una sola de tales circunstancias. [S. 12 de diciembre de 1959; desestimatoria.]

35. DECLARACIÓN DE RUINA: VALOR DE LA DECLARACIÓN: Recaída la declaración administrativa de declaración de ruina, conforme al núm. 10 del artículo 114 de la L. A. U., la Jurisdicción ordinaria es ajena a tal acuerdo, que

constituye para ella premisa de ineludible acatamiento sobre la que no es dable volver, porque ello implicaría exceso de atribuciones o invasión de jurisdicción con la consecuencia de nulidad de cuanto resolviera en tal sentido.

DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE RUINA: MISIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A la jurisdicción ordinaria le está reservada sólo observar si en el procedimiento de la declaración de ruina han sido oídos los interesados, pero no le es dado poner reparo, reformar ni desatender lo que venga resuelto. [S. 30 de noviembre de 1959; desestimatoria.]

36. LOCAL DE NEGOCIOS SOMETIDO A LA L. A. U. DEROGADA: INTERPRETACIÓN: No pueden considerarse como renta las cantidades pactadas por el servicio de calefacción.

ELEVACIÓN DE RENTA RECHAZADA: Siendo justos los aumentos pretendidos por el arrendador y rechazados por el arrendatario, procede, a elección de aquél, la reclamación de las diferencias o la resolución del contrato. [S. 30 de octubre de 1959; ha lugar.]

37. SUBARRIENDO: CONCEPTO: El subarriendo es un contrato de arrendamiento puro otorgado por quien tiene la facultad de uso sólo a título personal u obligacional, a diferencia del de arrendamiento propiamente dicho otorgado por un titular de derecho real. El contrato de subarriendo es sustancialmente idéntico al de arrendamiento, dado que las obligaciones asumidas por arrendador y subarrendador son las mismas.

EFFECTO EN EL SUBARRIENDO DE LA CONFUSIÓN DE DERECHOS ARRENDATICIOS: Al convertirse el arrendatario subarrendador en propietario, no se extingue al subarriendo ya que la extinción del arrendamiento sólo provoca la del subarriendo cuando la primera determina la pérdida, por parte del subarrendador de su delegada facultad de uso. El subarrendatario no adquiere por la confusión de derechos arrendaticios más derechos, frente al subarrendador ya propietario, que los que tenía antes de producirse tal hecho.

«NUMERUS CLAUSUS» DE CAUSAS RESOLUTORIAS: En el proceso especial de la L. A. U. no se admiten más causas de resolución de las relaciones arrendaticias y subarrendaticias que las de los artículos 149 y 152 de la L. A. U. de 1946 (actualmente con algunas modificaciones artis. 114 y 117 de la vigente). [S. 12 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: La parquedad de nuestras fuentes respecto al concepto y naturaleza del subarriendo hace en extremo necesario que la jurisprudencia realice una labor del moldeamiento de lo que tan vagos perfiles ofrece, tanto en el C. de C. como en la L. A. U. La anterior sentencia constituye una notable y acertada aportación a tal labor, tanto al proclamar la identidad sustancial existente entre el arrendamiento y el subarriendo —afirmación ya realizada en alguna anterior sentencia—, como al determinar, en función de tal concepción, las consecuencias de la extinción, por confusión del arrendamiento en los contratos de subarriendo otorgados por el arrendatario devenido propietario. Frente a la posición extrema de quienes apoyados en

un conceptualismo totalmente inadmisible sostuvieron la extinción del subarriendo en tales supuestos, pero frente también a quienes cayendo en el extremo opuesto afirmaron que el ascenso del subarrendador al rango de propietario trocaba el subarriendo en arriendo, ascendiendo el subinquilino a arrendatario, la sentencia objeto de esta nota sienta la recta doctrina: la relación jurídica establecida entre el subarrendatario y el inquilino no queda alterada en cuanto a su régimen interno, por el hecho de que éste último haya visto trocado su derecho personal de arrendamiento en virtud del cual transfirió su *ius utendi* al subinquilino, en un derecho real de dominio. Las obligaciones de las partes en cuanto a transmisión y mantenimiento del uso de vivienda y pago del precio y el régimen de temporabilidad limitada al plazo contractual o el de prórroga forzosa, en caso de tratarse de un subarriendo amparado por la D. T. 4.<sup>a</sup> de la L. A. U., quedan inalterados.

Una ligera objeción cabe oponer a la tercera de las máximas transcritas, en la que se incide en una omisión muy frecuente: la de las causas de resolución del arrendamiento que queda al margen del capítulo XI de la L. A. U. como son la del actual art. 101 —resolución por negativa injustificada a la aceptación de incrementos— y la del art. 17 —resolución a instancia del subarrendatario en supuestos de subarriendo de pluralidad de viviendas—, ambos de la L. A. U. (J. P. R.)

38. SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIOS: *El hecho de que el actor, como arrendatario del local subarrendó él mismo a la demandada y que ésta se ausentó de España, apareciendo desde entonces al frente del negocio de pescadería de venta al público, a que se destinaba el mencionado local, una tercera persona que pretendía ser considerada como dependiente de la demandada es base suficiente para establecer la presunción de la existencia de un subarriendo o traspaso ilegales por no haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos que para su legitimidad exigen los arts. 22 y 29 de la L. A. U.*

PRUEBA DE PRESUNCIOS: *La estimación de la prueba de presunciones incumbe, por su naturaleza, al Tribunal sentenciador, pudiendo prosperar únicamente los recursos de casación e injusticia notoria, cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base o cuando supuestas tales existencia y realidad la deducción no se sujeten a las reglas indeterminadas del criterio humano.*

ARENDAMIENTO URBANO: ANALOGÍA: *La introducción en el local arrendado de una persona, individual o jurídica, en connivencia con el arrendatario, es suficiente para la resolución del contrato, porque siendo tales convenios una de las causas de resolución del contrato de arrendamiento, quedaría ineficaz tal causa si la demostración precisa de todos los requisitos del contrato fuera exigida, doctrina que es aplicable al contrato de subarriendo dada su esencial identidad con el de arrendamiento. [S. 23 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

39. ARREDAMIENTO RÚSTICO: DESAHUCIO: *Siendo la finalidad esencial de los juicios de desahucio el lanzamiento de los que tengan fincas ajenas y se niegan a abandonarlas voluntariamente, a pesar de deber hacerlo, no pueden llevar implícitas declaraciones de derechos en motivaciones complejas, pues por su carácter adjetivo los desahucios sólo afectan al procedimiento de ejecución, como juicio sumario. [S. 20 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

**V. Derecho de familia.**

1. BIENES PARAFAERNALES: EJERCICIO DE ACCIONES POR EL MARIDO: NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER: *El marido, para ejercitar acciones referentes a los bienes parafernales de la mujer, necesita el consentimiento de ésta.*

PARTICIÓN DE HERENCIA POR COMISARIO: MUJER CASADA: AUTORIZACIÓN MARITAL: *No puede pretenderse la nulidad de una partición por falta de autorización marital a una de las herederas, cuando está practicada por un albacea contador partidor designado en el testamento, ya que en este caso la partición no precisa otro requisito que el de la citación que exige el párrafo segundo del art. 1.057 del C. c. [S. 28 de noviembre de 1959; no ha lugar.]*

**VI. Derecho de Sucesiones.**

1. PARTICIÓN DE HERENCIA HECHA EN TESTAMENTO: NULIDAD: *Es nula la partición cuando la testadora incluyó en ella no sólo sus privativos bienes, sino también los dejados muchos años antes por su difunto marido, adjudicando todos ellos, sin especificar sus distintas procedencias, ni diferenciar los lotes de cada uno de los herederos.*

PARTICIÓN DE HERENCIA: PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL: SU CARÁCTER DE CONDICIÓN ILEGÍTIMA: *La condición impuesta a los herederos de que habían de aceptar la partición so pena de perder lo que en los tercios de mejora y libre disposición les correspondiese, ha sido acertadamente calificada por el Tribunal «a quo» como contraria a las leyes. [S. 12 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

2. PARTICIÓN DE HERENCIA POR COMISARIO: MUJER CASADA: AUTORIZACIÓN MARITAL: [V. S. 28 de noviembre de 1959; IV-1.]

3. PARTICIÓN DE HERENCIA: LAUDO ARBITRAL: SU EFICACIA: *El laudo arbitral sobre inventario y avalúo de bienes, determinación y pago de legítimas y adjudicación de lotes, aceptado y quietamente cumplido por todos los herederos, durante casi treinta años, no puede ser desvirtuado mediante la iniciación del juicio de testamentaría por el heredero de uno de los herederos.*

JUICIO DE TESTAMENTARIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: HEREDEROS DEL HEREDERO: *Según el artículo 1.038 de la L. E. C. no están legitimados los herederos del heredero para promover el juicio de testamentaría. [S. 16 de octubre de 1959; no ha lugar.]*

1. QUIEBRA: CALIFICACIÓN: FALTA DE LIBROS DE COMERCIO: *Si bien el artículo 35 del C. de C. permite que el comerciante lleve los libros por sí solo o por otra persona, ha de ser siempre bajo su dirección y responsabilidad, sin que pueda pretenderse transferida la obligación al otro socio, ni de la simple designación de ese tercero pueda concluirse que efectivamente se lle-*

*varon libros, ni que lo fueran con todos los requisitos legales. [S. 18 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

**2. ESTATUTOS SOCIALES: INTERPRETACIÓN: ACTOS COETÁNEOS Y POSTERIORES:** *INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ESTATUTOS: Para averiguar el sentido de los preceptos estatutarios, deben tenerse en cuenta los actos coetáneos y posteriores, y así como el criterio de interpretación sistemática.*

**SOCIEDAD LIMITADA: FALTA DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: EFICACIA ENTRE SOCIOS:** *Una sociedad de responsabilidad limitada no puede considerarse como legalmente constituida cuando falta la inscripción en el Registro Mercantil, si bien, tratándose de resolver cuestiones planteadas entre los mismos socios, la escritura social tiene para ellas toda la fuerza legal de obligar de los contratos.*

**SOCIEDAD LIMITADA: EXCLUSIÓN DE UN SOCIO:** *Envuelve el ejercicio de una acción resolutoria, para lo que no está legitimado el contratante que incumple sus obligaciones, aunque sí el que los incumple a consecuencia del incumplimiento anterior de otro.*

**SOCIEDAD LIMITADA: INCUMPLIMIENTO DE DEBERES SOCIALES: INFORMACIÓN:** *Hay incumplimiento de deberes sociales, cuando se impide el derecho de todo socio a examinar en cada momento la documentación y contabilidad de la compañía. [S. 21 de octubre de 1959; ha lugar.]*

## **DERECHO PROCESAL**

### **I. Parte general.**

**1. COMPETENCIA: CULPA EXTRAContractUAL: NEGATIVA DEL HECHO:** *La competencia para conocer de las acciones derivadas de culpa extracontractual corresponde al Juez del lugar donde los daños y perjuicios se han causado, siempre que de las actuaciones de deduzca que el demandado, con responsabilidad o sin ella, ha realizado los actos u omisiones en que el demandante funda su derecho, pero si el actor no aporta ningún principio de prueba y el demandado niega los hechos, debe ser competente el Juez del lugar del domicilio del demandado. [S. 28 de enero de 1960.]*

**2. BASTANTEO PODER PROCURADOR:** *El poder declarado bastante, sólo para el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, invalida la apelación interpuesta, por falta de personalidad del Procurador compareciente, la cual obliga a declarar mal admitida su representación, estimando desierto el recurso y de derecho firme y subsistente la sentencia recurrida. [S. 25 de noviembre de 1959; ha lugar.]*

Se trataba de un pleito sobre el mejor derecho al uso de un título nobiliario. El defecto procesal de falta de bastanteo para la apelación fué denunciado por el apelado en trámite de instrucción para este recurso, siendo dictado un auto desestimatorio, que fué recurrido en súplica. Contra el auto denegatorio de la súplica se promovió incidente de nulidad de actuaciones.

que no fué admitido por la Sala. Mientras tanto, se tramitó apelación contra la sentencia inicial del pleito, que se resolvió en contra de la parte que había denunciado el defecto procesal señalado, la cual interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, que no fué admitido por la Audiencia Territorial, pero recurrido en queja, la Sala 1.<sup>a</sup> del T. S. lo estimó, y admitió el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fué estimado.

3. DEMANDA SIN PROCURADOR: REVISIÓN DE RENTA ARRENDATICIA: CADUCIDAD: *La presentación de una demanda por el propio interesado sin representación por procurador, cuando ésta sea necesaria, es un acto nulo, por contrario a la Ley, que no puede producir ningún efecto, ni por tanto el de interrumpir el plazo de caducidad señalado para el ejercicio de las acciones revisorias arrendaticias. [S. 10 de diciembre de 1959; ha lugar.]*

4. QUEBRADO: POBREZA: SIGNOS EXTERIORES DE RIQUEZA: Corresponde a los Tribunales la apreciación de los signos exteriores de riqueza; procede desestimar el recurso cuando no se han desvirtuado los hechos originantes de la presunción de riqueza, y, además, el recurrente no ha acreditado realizar trabajo alguno para ganar su subsistencia, ni ha solicitado pensión alimenticia de la masa de la quiebra. [S. 18 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

## II. Procesos en especial.

1. ARRENDAMIENTO URBANO: LEGITIMACIÓN PASIVA: *La falta de emplazamiento de la arrendataria, que por su espontánea voluntad ha dejado de serlo a virtud de un contrato de cesión lícita de trato afectado por una condición en el proceso de resolución del contrato de trato sucesivo de arrendamiento de local de negocio, no sólo constituye irregularidad procesal de ninguna clase, sino que la regularidad del procedimiento exige su omisión, ya que el fallo resolutorio del arrendamiento puro en nada trasciende a los derechos condicionales emanados del de su transmisión no objeto de la litis, los cuales conserva y podrá hacer valer su titular cuando la condición se cumpla contra quien de ellos sea deudor. [S. 4 de diciembre de 1959; no ha lugar.]*

## III. Recursos

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: DERECHO NECESARIO: *El Juzgador ante quien el recurso haya sido interpuesto necesita saber si el pago o consignación han sido hechos dentro del término establecido para interponer el recurso a fin de resolver si puede o no admitirlo, sin que pueda deducirlo del silencio de la contraparte al no protestar contra la admisión, no solamente porque ello constituye una actitud «a posteriori» de la resolución dictada, sino porque se trata de un precepto de derecho necesario que está fuera del poder dispositivo de la parte a quien tal admisión perjudica. [S. 20 de enero de 1960: desestimatoria.]*

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACIÓN

#### 1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de José María de AMUSATEGUI y  
José Luis LLORENTE (Abogados del Estado)

##### I. Derecho Civil.

1. AUMENTO DE RENTAS: APLICACIÓN DE LOS PORCENTAJES AUTORIZADOS POR EL DECRETO DE 22 JULIO DE 1958: *Realizada la notificación del aumento y aceptado éste en septiembre de 1958, procede incrementar la renta correspondiente a dicho mes, y no a partir de octubre como pretende el arrendatario* (Sentencia de 11 de junio de 1959: estimatoria).

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Resulta ineficaz la contestación que en forma fálica debe hacer el inquilino al requerimiento de denegación de prórroga efectuado por el arrendador si no llega a conocimiento de éste dentro del plazo de treinta días hábiles señalados por la ley.*

CESIÓN: *El plazo de caducidad de la acción de resolución del contrato por cesión inconsentida se refiere únicamente a los supuestos de cesiones prohibidas por la ley, sin que pueda, por tanto, aplicarse a las subrogaciones permitidas por la misma que no hayan sido notificadas oportunamente al arrendador* (Sentencia de 4 de marzo de 1959: desestimatoria).

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: ORDEN DE PRELACIÓN: *El ejercicio del derecho de denegación de prórroga comienza con el oportuno requerimiento y a este momento hay que atender para establecer el orden de prelación entre los inquilinos, sin que puedan venir a modificarlo, alteraciones ocurridas en las familias de aquéllos posteriormente* (Sentencia de 2 de abril de 1959: desestimatoria).

##### A) EXPOSICIÓN:

«CONSIDERANDO: Que el único motivo de suplicación alegado, es el de infracción del artículo 64 de la Ley de Arrendamientos urbanos, por estar mal realizada la prelación de que se ocupa dicho artículo, ya que a la recurrente le ha nacido un hijo, después de practicado el requerimiento de desalojo y después de ejercitada la acción, y teniendo en cuenta que en la casa existe otro matrimonio con un solo hijo, pero que es inquilino más reciente: a lo que hay que contestar que el ejercicio de un derecho, por la propiedad, de denegación de prórroga, se retrotrae al momento de la iniciación, mediante el oportuno requerimiento, y a ese momento se refiere el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos urbanos, ya que si fuere otro, nunca se podría saber con certeza cuál es el inquilino que cuenta con menos familiares, por los cambios posteriores, que en las familias se hubieren realizado, y así dicho artículo afirma que el arrendador que intentare la denegación de prórroga deberá ejercitar su derecho sobre las viviendas desocupadas, etc.; y en el caso presente, la demandada y recurrente estaba únicamente embarazada al ejercitarse la acción, como lo afirma en la contestación a la demanda...»

B) OBSERVACIONES: No se ha planteado, al parecer, en este proceso la posible aplicación de lo dispuesto a favor del concebido por el artículo 29 del Código Civil (1), puesto que, según se deduce del considerando transcritó, la recurrente se hallaba embarazada al ejercitarse la acción. No obstante, a nuestro entender el resultado hubiera sido el mismo, teniendo en cuenta la letra y el fundamento equitativo del precepto, así como la jurisprudencia recaída en torno a él que contraen su juego a las situaciones de las que derive directamente algún efecto favorable para el concebido, más no cuando el beneficio resulta para otras personas aunque reflejamente pueda afectar de alguna manera a aquél.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Las facultades del Tribunal de Suplicación pueden extenderse a apreciar si de los hechos que se declaran probados por el Juez de instancia resulta la existencia o inexistencia de dicha necesidad y aun para apreciar si la sentencia examina o no cuantos elementos de juicio se requieren para su apreciación* (Sentencia de 22 de junio de 1959: desestimatoria).

«CONSIDERANDO: Que... cuando se trata de la ocupación por causa de necesidad... las facultades del Tribunal de Suplicación pueden extenderse a apreciar si los hechos que se declaran probados por el Juez de instancia resulta la existencia o inexistencia de dicha necesidad, ya que ésta integra un concepto jurídico, y aun para apreciar si la sentencia examina o no cuantos elementos de juicio se requieren para su aplicación, a fin de lograr la más perfecta realización de lo justo...»

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA: *A efectos de la denegación de prórroga por falta de ocupación, basta con que se justifique la no ocupación durante más de seis meses al año, ya sea continuada o interrumpida* (Sentencia de 16 de marzo de 1959: desestimatoria).

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA: EXCEPCIÓN DE JUSTA CAUSA (DECRETO DE 31 DE OCTUBRE DE 1958): *El traslado obtenido a petición propia, dentro de los cuatro años anteriores a la fecha en que deba producirse legalmente la jubilación, constituye justa causa para oponerse a la pretensión de desahucio por no ocupación* (Sentencia de 17 de marzo de 1959: desestimatoria).

«CONSIDERANDO: Que... el inquilino... es funcionario público, y pidió voluntariamente el traslado a Málaga; pero esta voluntariedad no obsta a que a tal traslado, ocurrido dentro de los cuatro años últimos anteriores a su jubilación, deba aplicársele el caso del artículo 1.<sup>º</sup>, número 2.<sup>º</sup> del Decreto (de 31 de octubre de 1958)... el que no distingue del motivo del traslado, y la involuntariedad de que habla el Decreto en su preámbulo, se refiere a la que implica la jubilación.... y no cabe distinguir donde la ley no distingue.»

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DISPONER EL INQUILINO DE OTRA VIVIENDA DESOCUPADA (ARTÍCULO 62. 5.<sup>º</sup>): *La exigencia legal de que la vivienda desocu-*

(1) «...el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...»

*pada sea de características análogas a la arrendada debe interpretarse en el sentido de que el piso desocupado no sea inferior al que se habite actualmente* (Sentencia de 3 de febrero de 1959: desestimatoria).

**8. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA:** *La supresión de una puerta mediante la construcción de un tabique, sin autorización del propietario, modifica la configuración de la vivienda y es causa, según el artículo 114, número 7.<sup>a</sup> de la Ley de Arrendamientos urbanos, de resolución del contrato* (Sentencia de 9 de abril de 1959: desestimatoria).

«CONSIDERANDO: Que declarándose probado... que el demandado, sin autorización del propietario, suprimió una puerta de comunicación entre dos habitaciones, sustituyéndola por un tabique..., el Juez a quo... interpretó adecuadamente el mentado precepto (art. 114, núm. 7.<sup>a</sup> de la LAU), porque la configuración de una vivienda está determinada por su distribución y el suprimir una puerta y construir un tabique alteran y cambian la figura, porque dan nueva forma y aspecto a las habitaciones que antes estaban en directa y visible comunicación, careciendo de relevancia el carácter más o menos provisional de las obras realizadas.»

**9. SUBARRIENDO: REVISIÓN DE RENTAS:** *Los tres meses del plazo de caducidad de la acción revisoria de las rentas de los subarriendos empiezan a contarse desde la fecha en que el subarrendatario hubiese realizado el primer pago, siendo errónea la tesis de que el cómputo no empieza hasta que el subarrendatario tenga conocimiento del precio del arriendo* (Sentencia de 23 de febrero de 1959: estimatoria).

## II. Derecho Procesal.

**1. RECONVENCIÓN:** *No se admite la reconvención implícita, de conformidad con el artículo 46 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, debiéndose formular «con la debida separación en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensión».*

**ALLANAMIENTO:** *Si el allanamiento se hace en un acto conciliatorio, es lícito al órgano jurisdiccional no pronunciar declaración en la sentencia sobre el extremo en que la avenencia se logró* (Sentencia de 10 de febrero de 1959).

**2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CARÁCTER TÉCNICO:** *Es nota esencial del recurso de suplicación e *ser eminentemente técnico* (es preceptivo la dirección por Letrado), por lo que *el no especificar concreta y especialmente el artículo o párrafo infringido, invocando, en general, como violada a una especial legislación, impide que prospere el recurso**

**RECURSO DE SUPLICACIÓN: REQUISITOS OBJETIVOS:** *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la LAU este recurso sólo se da contra las sentencias dictadas en apelación por el Juez de Primera Instancia, y no contra los autos* (Sentencia de 17 de febrero de 1959: desestimatoria).

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: MOTIVOS: *No cabe revisar en esta vía los vicios «in procedendo»* (Sentencia de 2 de febrero de 1959: desestimatoria).

«CONSIDERANDO: Que dado que en su casuismo y en su terminología, la vigente Ley de Arrendamientos urbanos diferencia claramente, como puede verse en su artículo 136, la infracción de ley o de doctrina legal del quebrantamiento de las formalidades del juicio, al limitar en el artículo 132 el recurso de suplicación a las primeras, no pueden entenderse las segundas como motivos para la fundamentación del recurso referido, como se hace en el presente que se limita a denunciar supuestos vicios *in procedendo*, ninguno de los cuales encaja en los números segundo al sexto del artículo 1.692 (de la Ley de Enjuiciamiento civil) que podría considerarse como supletoriamente aplicable...»

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias no constituyen doctrina legal a efectos del artículo 132 de la Ley de Arrendamientos urbanos* (Sentencia de 9 de febrero de 1959: desestimatoria).

## 2. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

1. SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS: NECESIDAD DE CONVIVENCIA: *Para que el inquilino pueda beneficiarse de la facultad de tener hasta dos subarrendatarios sin autorización del arrendador es necesario que exista una convivencia real entre subarrendador y subarrendatario* (Sentencia de 10 de diciembre de 1959: ha lugar).

NOTA: El requisito de convivencia no lo exige explícitamente la LAU, pero se halla implícito en la exigencia de que el subarriendo sea parcial en relación con la norma que obliga a reputar parcial el subarriendo cuando el inquilino siga habitando en la vivienda.

2. SUBROGACIÓN FAMILIAR «INTER VIVOS»: *Solo puede subrogar el inquilino originario, no el que lo fuere por anterior subrogación* (Sentencia de febrero de 1960: no ha lugar; en el mismo sentido Sentencia de 14 de diciembre de 1959).

3. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA» DE VIVIENDA: *El régimen sucesorio se rige por la legislación vigente al ocurrir el fallecimiento de la persona que causa la sucesión* (Sentencia de 22 de octubre de 1959: no ha lugar).

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» DE VIVIENDA: NOTIFICACIÓN: PLAZOS: *Para que sea eficaz la notificación de la subrogación «mortis causa» de vivienda basta con que se presente la demanda de conciliación, destinada a tal efecto, dentro de los 90 días siguientes al fallecimiento, aunque por circunstancias independientes de la voluntad del subrogado no llegue a conocimiento del arrendador.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1959: ha lugar).

5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: CONVALIDACIÓN DE NOTIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA: *Si con posterioridad a la notificación de una subrogación realizada fuera del plazo señalado en la LAU, el arrendador acepta del sucesor arrendatario pagos de renta y percibe, incluso, incrementos devengados con posterioridad a la notificación extemporánea, queda ésta convalidada.* (Sentencia de 3 de noviembre de 1959: no ha lugar).

6. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: PARENTESCO POR AFINIDAD: *Los parientes por afinidad no tienen derecho a suceder al inquilino de vi-*

rienda en la transmisión «mortis causa» regulada por la LAU. (Sentencia de 11 de febrero de 1960: no ha lugar).

7. NECESIDAD: PREAVISO: *El preaviso denegatorio de prórroga puede realizarse antes del vencimiento del contrato, siendo la acción la que debe ejercitarse tras el vencimiento del plazo o de su prórroga contractual.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1959: no ha lugar).

NOTA: En el mismo sentido véase Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1955.

8. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Concurre la situación de necesidad en el maestro que sólo dispone de una habitación en el colegio en que presta sus servicios y tal habitación es insuficiente para atender a sus necesidades espirituales y materiales derivadas de su avanzada edad.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1959: ha lugar).

9. NECESIDAD: JUBILACIÓN: *La jubilación con las repercusiones de orden económico que produce, obligando a reducir los gastos y la satisfacción espiritual de ir a pasar la vejez en el lugar donde se nació son causas bastantes para negar la prórroga con relación a una vivienda situada en este último punto.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1959: ha lugar).

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: COMPLEJO DE TRES PLANTAS: FALTA DE NECESIDAD DEL ARRENDADOR: *Si el arrendador dispone de un complejo de tres plantas—bajos, entresuelo y principal—comunicadas interiormente y de las que el amplio entresuelo se halla deshabitado, no puede alegar la situación de necesidad respecto al arrendatario de otro piso del inmueble ya que, con sólo cerrar las comunicaciones internas entre el entresuelo y las plantas superior e inferior puede disponer de vivienda independiente en aquél, para que el hijo al que se pretende destinar el piso objeto de denegación de prórroga, no siendo admisible, a los indicados efectos, considerar que el citado complejo constituya un solo hogar familiar inescindible.* (Sentencia de 27 de enero de 1960: ha lugar).

11. NECESIDAD: DESAPARICIÓN DE LA MISMA EN EL AÑO DE FREAVISO: *Si se acredita que el propietario adquirió por medio de su esposa una nueva finca dentro del año de preaviso, la necesidad debe estimarse desaparecida.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1959: no ha lugar).

12. NECESIDAD POR RAZÓN DE MATRIMONIO: ENLACE PROYECTADO: *Un proyecto matrimonio respecto al cual se han publicado las proclamas es lo bastante formal para presumir su próxima celebración.* (Sentencia de 27 de octubre de 1959: no ha lugar).

13. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *A efecto de la aplicación de las normas sobre selección de vivienda, deben equipararse a las pensionistas con*

*hijos menores de edad, aquéllas que tengan a su cargo nietos menores, huérfanos de padre y abandonados por sus madres, ya que los principios de equidad, justicia y analogía imponen la equiparación.* (Sentencia de 9 de diciembre de 1959: no ha lugar).

14. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS BONIFICABLES: RENTA: NUEVA CALIFICACIÓN: *Si la Junta Nacional de Paro, varios meses después de entrar en vigor los contratos de arrendamiento, rectificó una resolución anterior del propio organismo, elevando con ello la categoría de las viviendas y, por tanto, las rentas máximas exigibles, tal elevación no puede afectar a los contratos vigentes al tiempo de la rectificación.* (Sentencia de 13 de enero de 1960: no ha lugar).

15. OBRAS QUE ALTERAN A CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE PIEZA DE ASEO EN UNA GALERÍA: *El hecho de instalar en una galería cubierta una bañera separando la parte en que se instaló ésta, del resto, mediante un tabique, y formando un cuarto de aseo, constituye un cambio de configuración de la vivienda.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1959: no ha lugar).

16. EXTINCIÓN DE SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: EFECTOS RESPECTO A LOS SUBARRENDATARIOS EN RELACIÓN AL NUEVO INQUILINO: *Al extinguirse el arrendamiento por sustituir al antiguo inquilino otro distinto, se extinguirán los subarriendos concertados por el primero, y si los subarrendatarios continúan en la vivienda abonando renta al nuevo arrendatario, hay que entender que ello constituye un nuevo contrato de subarriendo que no podrá considerarse como mera prolongación del antiguo, a efectos de lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la LAU.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1959: ha lugar).

NOTA: Por ello, aunque el primitivo subarriendo fuera de fecha anterior a la vigencia de la LAU de 31 de diciembre de 1946, si el segundo es de fecha posterior no continuará afecto al régimen de prórroga forzosa establecido en la Disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la vigente LAU.

## **SUMARIO**

### **1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS**

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código Civil. Parte III.* 1960-2-362

PORTERO SÁNCHEZ, Luis: *Matrimonios de españoles en el extranjero y de extranjero es España.* 1960-2-501

### **2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: *Normativismo y Ley de Suelo.* 1960-2-519

### **3. VIDA JURÍDICA**

### **4. BIBLIOGRAFÍA**

### **5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

### **6. JURISPRUDENCIA.**