

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958.

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIV
FASCICULO I



ENERO-MARZO

MCMLXI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdguéz. San Pedro, 32. Madrid.

El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Las consecuencias del sistema económico de control de cambios en las obligaciones monetarias.—2. El ámbito normativo y la legitimidad del régimen de control de cambios.—3. La autonomía de la voluntad de las partes y la ley aplicable a la moneda de pago.—4. La influencia del régimen de control sobre los elementos de las obligaciones monetarias.—5. El cumplimiento de las obligaciones libremente pactadas en moneda específica.—6. El cumplimiento de las obligaciones afectadas por el régimen de control de cambios.—7. El incumplimiento de las obligaciones como consecuencia del régimen de control.—8. La llamada imposibilidad objetiva por falta de divisas: particular examen de la fuerza mayor.—9. La imposibilidad subjetiva por denegación de divisas: especial examen de la culpabilidad por incumplimiento de formalidades y por alegación de causa falsa.—10. Las diversas posibilidades subsidiarias de cumplimiento.—11. La ejecución de las obligaciones ante el sistema de control de cambios.—12. La conversión legal de la moneda.—13. La ejecución forzosa de bienes.

I. LAS CONSECUENCIAS DEL SISTEMA ECONÓMICO DE CONTROL DE CAMBIOS EN LAS OBLIGACIONES MONETARIAS

Los dos grandes conflictos armados que se sucedieron en la primera mitad de nuestro siglo XX condujeron, a la mayor parte de las naciones que intervinieron como beligerantes, aliadas o neutrales, a practicar una determinada política monetaria, cual fué la del "control de cambios", que tenía por objeto fundamental el sometimiento de los particulares a las autoridades estatales en todo lo referente al cambio de divisas y a la importación o exportación de monedas nacionales o extranjeras. Este nuevo régimen monetario sustituía al de libre cambio, y a sus principios clásicos de la economía política, según el cual los deudores del exterior —prestatarios o comerciantes—, que necesitaban adquirir divisas extranjeras para cumplir sus obligaciones, podían hacerse con ellas recurriendo a cualquier institución bancaria, que se las vendía conforme a la cotización resultante de la balanza de pagos.

El sistema de "control de cambios" resultaba una arma más que aparecía con el nuevo sentido de la guerra total. Este instrumento económico tenía como fin inmediato salvaguardar la estabilidad de la moneda nacional a través de un control de las operaciones financieras que influyesen sobre la balanza de pagos; respondía, pues, a concepciones económicas según una técnica bancaria concreta.

Lo aparentemente paradójico es que en una época, como la antecedente a la nuestra, donde las relaciones internacionales comenzaron a ser más intensas, se produjera, casi como fenómeno general, el sistema de control de cambios, que supone la defensa de principios esencialmente nacionalistas que restringen grandemente el tráfico internacional. Entre la serie compleja de causas que contribuyeron a ello se destaca la bélica, al destruir la estructura crediticia internacional e impedir la transferencia de capitales con la creación de autarquías económicas. Sin embargo, al no haber disminuído las necesidades de transferencias de capitales, ni la demanda de productos extranjeros, tuvo que cambiarse de métodos, pues las divisas extranjeras constituyen el medio normal de pago de las deudas exteriores y de las importaciones, al convertirse en la mayor parte de los países en una materia de vital importancia para la administración de la economía nacional.

Fué el poder estatal, mediante una política económica dirigida, quien operó el cambio, al intervenir directamente sin dejar que se produjera una autodeterminación o nivelación de la balanza de pagos del intercambio comercial, como sucedió en el régimen liberal, para hacer frente a las obligaciones contraídas. Puede decirse con TODD (1) que son varios los factores que aparecieron para obstruir el proceso natural de reajuste: el aumento de control, la regulación de las industrias nacionales y la paulatina esterilización de las reservas áureas de los países acreedores, inmovilizaron cada vez más los movimientos del oro dentro del sistema económico nacional. También SCHACHT (2) ve cómo las naciones se enclaustraron en un fuerte nacionalismo económico: con las reservas de oro disminuídas y sin medios para obtener divisas extranjeras, gran número de países deudores del exterior recurrieron a la regulación oficial para proteger sus sistemas monetarios con el resultado de las prohibiciones de transferencias y el monopolio estatal de los cambios, adoptados como expedientes comunes para mantener las reservas de oro y de divisas. En una palabra, como dice el profesor VIRO (3), se trataba de encontrar y tener un instrumento que permitiese gobernar conscientemente la balanza de pagos y sustituir el sistema automático resultante de los movimientos del oro. Tal instrumento fué el "control de cambios", que se impuso universalmente.

En Alemania, el régimen de control (*Devisenbewirtschaftung*) fué

(1) TODD, *The mechanism of change*. London, 1917, pág. 131.

(2) SCHACHT, *German trade and german debts*, en *Foreign Affairs*, 13 (1934) 1 ss.

(3) VIRO, *Economia politica. La moneta, il credito e i sistemi monetari attuali*, 12.^a ed. Milano, 1958, pág. 253.

instaurado poco después de la postguerra del primer conflicto armado, con objeto de hacer frente a la situación quebrada de su economía (4). Posteriormente, el régimen nacionalsocialista continuó y acentuó la política monetaria controlada, caracterizándose su régimen como de los más extremos, o sea, de los del tipo llamado rígido (5). El advenimiento del régimen democrático en la parte occidental de Alemania, correspondiente a la República Federal, supuso un nuevo giro en la política monetaria que, si bien fué rigurosa bajo el tiempo de ocupación, se liberaliza completamente una vez que adquiere su autonomía política (6).

Dada la complejidad y minuciosidad de disposiciones que se dictaron en materia de divisas, tanto en una época anterior como posterior, condujo a los sectores gubernamental y doctrinal a crear revistas especializadas que pusieran en claro las nuevas directrices y a recoger los fallos de los tribunales (7).

La política autárquica que Italia emprendió con el régimen fas-

(4) Cfr. LENNHOFF, *Privatrechtliche Probleme des Devisenrechts* (1932); BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933) 201; MAYER, *Die Valutaschuld nach deutschem Recht* (1934).

(5) Cfr. SCHLESINGER, *Privatrechtliche Probleme bei internationalen Waren- und Verrechnungsgeschäften*, en *Schweizerische Juristenzeitung*, 37 (1935) 22; DIETRICH, *Die Internationalrechtliche Bedeutung des Devisenrechts*, en *Juristische Wochenschrift* (1955); WAHLE, *Die Wirksamkeit ausländischer und Devisensperren nach österreichischem Recht*, en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1935), 779; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936), 33; HUMBURG, *Einwirkungen des Devisenrechtes auf Privatrechtsverhältnisse*. Diss. Rostock-Berlin, 1936; PIATER, *Le contrôle des changes dans l'économie du III^e Reich*. París, 1937; KOEPEL, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*. Berlin, 1938; MÜLLER, *Grundriss der Devisenbewirtschaftung*. Berlin-Wien, 1938; TROGER, *Import und Export nach deutschem und ausländischem Devisenrecht*. Basel-Leipzig, 1939; MEYER, *Devisenbewirtschaftung als neue Währungsform*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 49 (1939) 415; LUCKAS, *Theorie der Devisenzwangswirtschaft*, en *Forschungen zur Finanzwissenschaft*, 6 (1940); LOSSOS, *Bilanz der deutschen Devisenbewirtschaftung*, en *Münchener Volkswirtschaftliche Studien*, 29 (1940); WENGLER, *Die Anknüpfung des Zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1941), 167.

(6) Cfr. GURSKI y SCHULZ, *Das Abkommen über deutsche Auslandsschulden mit seines Anlegen*. Köln, 1954; HOCKE, *Devisenrecht*. Hamburgo, 1954; DEBERTIN, *Währungen im Kurse im Zahlungsverkehr mit dem Ausland*. Köln, 1955; RITTERHAUSEN, *Internationale Handels- und Devisenpolitik*. Frankfurt/M., 1955; STRAUCH, *Devisenverkehr*. Frankfurt/M., 1955; DOLÉ *Information générale*, en *Le contrôle des changes*, París, s. a., pág. 124 y ss.; LIEPFERT, *Devisenhandel. Devisengeschäfte der Banken, Exporteure und Importeure*. Frankfurt/M., 1958; TUDEN, *Die Auswirkung von Änderungen der Valutakurse auf internationale Zahlungen*. Berlin-Tübingen, 1950; WESENBERG, *Devisenrecht und ordre public* en *Juristische Rundschau* (1951), 433; JAENTJCKE, *Der Aufbau der Kontrollratsgesetzgebung*. Berlin, 1952; LANGEN, *Kommentar zum Devisengesetz*. Heidelberg, 1959; JOERGES y KÜENE, *Devisenbewirtschaftungsgesetze und sonstige Vorschriften devisenrechtlichen Inhalts*. Köln, 1959; MANN, *Das Recht des Geldes*. Frankfurt am Main y Berlin, 1960.

(7) Se ocupan de esta materia dos revistas especializadas: "Das Devisenarchiv" (1936-1938) y actualmente "Deutsche Devisen Rundschau" (a partir de 1951).

cista le obligó a adoptar el sistema de control de cambios. Nace, pues, esta reglamentación en 1934 y sus textos más fundamentales son la Ley de 9 de enero de 1936, que convierte en Ley los Decretos-leyes de diciembre de 1934, el Decreto-ley de 7 de agosto de 1936, el Decreto-ley de 12 de marzo de 1938, el Decreto-ley de 5 de diciembre de 1938 y el Decreto ministerial de 14 de julio de 1943, sobre cesión obligatoria de divisas extranjeras. La evolución más reciente de este régimen es en el sentido de una atenuación del control con la reforma de 1946-1947, donde el monopolio de los cambios afecta únicamente al 50 por 100 de los créditos de los exportadores; a este efecto son de importancia el Decreto de 26 de marzo de 1946, número 139, los Decretos ministeriales de 5 de marzo y 13 de abril de 1946, el Decreto ministerial de 2 de septiembre de 1946, el Decreto de 28 de noviembre de 1947 y el Decreto-ley de 19 de septiembre de 1949. En 1934 se creó el "Instituto Nacional para los cambios con el extranjero", reemplazado en 1945 por la "Oficina italiana de cambios", con personalidad moral pública (8). Se trata de una institución mediante la cual el Estado ejerce su influencia en la vida económica. Tal carácter ha sido también resaltado por la doctrina, tanto en su primera etapa (9) como en la posterior (10).

(8) Cfr. *Information générale*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 260 y ss.

(9) Cfr. VASALLI, *Sul pagamento dei debiti in denaro espressi in moneta estera*, en *Rivista del Diritto commerciale*, II (1922), 251; ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista del Diritto commerciale*, I (1936) 195; VALERI, *Diritto cambiario italiano*. Milano, 1936; RENZI, *Tecnica degli scambi con l'estero*. Milano, 1937; BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme volontarie straniere*, en *Giurisprudenza italiana*, I (1938) 865; ID., *Riconoscimento in Italia di leggi monetarie straniere*, en *Foro Italiano*, I (1938) 575; ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Foro Italiano* (1938) 855; ID., *Divisa e divisa estera*, en *Nuovo Digesto Italiano*, V (1938) 87; SCALFANI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista de Diritto Internazionale* (1942), 44.

(10) Cfr. DE LONGHI, *Debiti in moneta estera, provvedimenti restrittivi e clausole di garanzia monetaria*, en *Giurisprudenza della Cassazione civile*, I-2 (1946) 266; SALANDRA, *Prestito obbligazionario pagabile in diverse valute*, en *Foro Italiano* (1947), 195; SALCATELLA, *Il semi-monopolio dei cambi con particolare riferimento ai clearing*, en *Rivista Internazionale di Scienza Sociale* (1947); BOLAFFI, *Profili privatistici della legislazione valutaria*, en *Banca, Borsa e titoli di credito*, I (1950) 226; ID., *Legislazione valutaria e diritto privato*. Milano, 1950; LEINEN, *Legislazione valutaria dal 1917 al 1950*. Roma, 1951; PELLIZZI, *Clausola di pagamento all'estero in moneta straniera*, en *Foro Padano*, I (1951) 323; ASCARELLI, *In tema di finanziamenti rimborsabili all'estero*, en *Foro Italiano*, I (1951) 726; ID., *Messa fuori corso della valuta e debiti pecuniari*, en *Foro Italiano*, I (1953) 71; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stilate in valute italiana ed estero*, en *Studi di Diritto civile e commerciale*. Napoli, 1953; DE SIMO, *Diritto cambiario*. Milano, 1953; MAFFEI, *Libertà contrattuale e monopolio dei cambi*, en *Banca, Borsa e titoli di credito*, I (1954) 664; TRIFRIN, *Problemi attuali della convertibilità monetaria*, en *Moneta e credito* (1954), 65; SANTINI, *Congelamento di crediti all'estero e corso dei cambi*, en *Giurisprudenza della Cassazione civile* (1954), 64; CARLI, *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di controllo degli scambi internazionali e disciplina del commercio dei cambi*, en *Risparmio* (1956), 1211; ZAPPA, *La tecnica dei cambi esteri*.

La segunda guerra mundial trajo a Francia el establecimiento del control de cambios (*contrôle des changes*) mediante el Decreto-ley de 19 de marzo de 1939 que prohibía la exportación de capitales, las operaciones de cambio y el comercio del oro (11). Complementan esta disposición el Decreto de 15 de julio de 1947, la Ordenanza de 30 de mayo de 1945 y la Ley de 2 de febrero de 1948 (12).

Los autores franceses ya habían considerado respecto de otros países el control de cambios y las influencias que traía consigo su adopción en el campo del Derecho internacional privado (13). A consecuencia de la implantación de tal régimen en Francia, los autores estudian su problemática (14) y se realizan una serie de notas en torno a la jurisper-

Teoria e pratica dei pagamenti internazionali, Roma, Milano, Napoli, s. a.; ORUSA, *Disciplina degli scambi valutari* (rass. giuriz. 1950-1957), en *Il Diritto dell'economia* (1959) 581.

(11) Cfr. *Journal Officiel* de 10 septiembre 1939, prorrogado por el art. 178 de la Ley núm. 45-2154, de 7 octubre 1946.

(12) Cfr. *Information générale* por el Office Français des Changes, en *Le contrôle des changes*. París, s. a., pág. 192.

(13) Cfr. ANDREADES, *Les contrôles financiers internationaux*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, IV-5 (1924) 1 ss.; STRUPP, *L'intervention en matière financière*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III-8 (1925) 1 ss.; GEORGIADIS, *Du paiement en monnaie étrangère*, en *Revue de Droit française* (1926) 26; BARRAULT, *Le droit monétaire française et les clauses de paiement en monnaies étrangères*, en *Recueil de Droit commercial* (1926), 72; DELCOURT, *Les procédés modernes de contrôle du change et leur application dans les pays anglosaxons*. París, 1936; NOGAROS, *Le article 143 Code Commerce et les stipulations en monnaies étrangères*, en *Semaine Juridique* (1927), 977; CAVITANT, *Les emprunts internationaux et le cours forcé*, en *Journal de Droit International* (1928), 561; BERGMANN, *Le régime des devises dans la pratique du droit international privé*, en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 35 (1936) 29; SIENRA, *Les restrictions monétaires et les divers régimes d'avoirs à l'étranger*. París, 1936; PRUD'HOMME, *De la loi monétaire du 2 octobre 1936 et les paiements internationaux*, en *Chunet*, 63 (1936) 1109; DOMKE, *L'influence des lois monétaires récents sur le droit international privé à la lumière de la jurisprudence comparée*, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, IV (1937) 7; ID., *La législation allemande sur les devises en droit international privé*, en *Chunet*, 64 (1937) 26; ID., *Nouveaux aspects des restrictions de transfert en droit international privé*, en *Chunet*, 64 (1937) 990; MESTRE, *Les lois étrangères sur le cours forcé devant les tribunaux français*, en *Gazette du Palais* (1937); MEZGER, *Les mesures de contrôle des changes et les principes du conflit des lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, IV (1937) 57; BAUDOUIN-BUGNET, *Le change*, en *Études pratiques de Droit commercial*. París, 1938.

(14) Cfr. TRAUB, *Le contrôle des changes*. París, 1939; LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*. París, 1939; AGHTON, *Le contrôle des changes (Législation et économie comparées)*. París, 1939; HOLDE, *Les lois monétaires de 1937 et le droit international privé*, en *Revue critique de Droit international* (1937); SUIZ, *Le paiement en France des obligations en monnaie dirigée et contrôlée*, en *Chunet*, 66 (1939) 545; TENGGER y HALPERN, *Le contrôle des changes en France et en Grande-Bretagne*, en *Chunet*, 67-72 (1940-1945) 366; PLATER, *Contrôle des changes*. París, 1946; PLAISANT, *La codification de la réglementation des changes*, en *Chronique Dalloz* (1947), 173; PLATER y LACLAVERIE, *Le contrôle des changes en France*. París, 1948; LEROY, *Commentaire du contrôle des changes*, en *Semaine Juridique* (1948), 675; JEANTET, *Le contrôle des avoires étrangers en France*, en *Chronique Dalloz* (1949), 49;

prudencia (15), donde se aprecia el carácter administrativo y penal del sistema implantado y la despreocupación o inadvertencia de las consecuencias que estas disposiciones pudieran tener en la ejecución de los contratos.

También en Bélgica se implanta la reglamentación de control de cambios en el año 1939. Los textos fundamentales son la Ley de 7 de septiembre de 1939 y los Decretos-leyes de 6 de octubre de 1944 y 10 de septiembre de 1944, relativos a la declaración de tenencia de oro y monedas extranjeras, la creación de un "Instituto de cambio" y la reglamentación de licencias. Como advierte el "Instituto Belga de Derecho Comparado" en su informe (16), las condiciones de elaboración de estos textos legales están de acuerdo con el Derecho común y se trata de disposiciones por las que el Estado ejerce su influencia sobre la vida económica de la nación. La doctrina belga se ha planteado la serie de problemas que la adopción de tal sistema lleva consigo, destacándose las consecuencias que para el campo obligatorio se producen (17).

El control de cambios se introduce el 3 de septiembre de 1939 en Inglaterra por una serie de Leyes llamadas "Emergency Powers (Defence) Act", modificadas ulteriormente por la "Supplies and Service (Transitional Powers) Act" de 1945, que, como medidas de guerra, fueron reemplazadas por una legislación permanente, la "Exchan-

Id, *La évolution du contrôle exercé par l'Office des Changes sur les relations financières franco-étrangères en 1950*, en *Chunet*, 77 (1950) 1272; REYMAN, *L'origine de l'Office des Changes, son fonctionnement et sa réglementation*, en *Gazette du Palais* (1950) 4; CHARUEL y MICHARD-PELLISSIER, *Guide pratique de la réglementation des changes en France* (1953); ANSELME-RABINOVICH, *La réglementation des changes et son influence sur les contrats internationaux*, en *Gazette du Palais*, abril y mayo (1955); ID, *La réglementation des changes en droit français et en droit international et le Statut du Fond Monétaire International*, en *Revue de la Banque*, 34 (1955) 317; HAMEL, BERTRAND, ROBLOT, *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*. París, s. a. [1955]; ROBLOT, *Les répercussions de la réglementation des changes sur la formation et l'exécution des contrats*, en *Droit social* (1957).

(15) Cfr. LEVY, en *Jurisclasser Periodique* (= J. C. P.) (1944), 11-2670; LEVY, en J. C. P. (1948), 11-714; MARÍN, en *Banque* (1949), 279; LEVY, en J. C. P. (1952), 11-7010; QUERMONNE, en *Dallos* (1952), 454; SARRATTE y TAGER, en *Revue critique de Droit International Privé* (1952), 730; LOUSSOUARN, en *Revue critique de Droit International Privé* (1953), 386; MARÍN, en *Banque* (1954), 112.

(16) Cfr. "Information générale" del Institut Belge de Droit comparé, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 144; SELLESLAÏS, *Les contrôles des changes et les accords de paiements internationaux*, en *Revue de l'Université de Bruxelles* (1951-1952) 308; DE BEUS, *De wijzigingen in de wetgeving op de wissel*, en *Rechtskundig Weekblad* (1953-1954) 769; COLLIN, *Les banques et la réglementation du change*, en *Annales des Sciences Economiques appliquées* (1954) 6; DE KEPPER, *La poursuite des infractions du contrôle des changes*, en *Revue de la Banque* (1954) 689; DE KEPPER, *La transaction en matière d'infractions du contrôle des changes*, en *Journal des Tribunaux* (1955) 246.

(17) Cfr. PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international privé. Effets et qualification d'un contrôle des devises*, en *Par ces Motifs*, (Liège) 9 (1935); VAN HECKE, *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales*, en *Annales*

ge Control Act" de 1947 (18). Su actuación es dentro de la llamada zona de la esterlina, excluyéndose Canadá y Terranova, y tuvo por objeto conservar las reservas oro y divisas extranjeras en beneficio de la comunidad nacional.

Según el informe de MANN (19) el control de cambios no modifica el Derecho común en materia de contratos, salvo ciertas imposiciones a realizar y el entender adherida al contrato una condición tácita pendiente de la autorización necesaria que exige la "Exchange Control Act". La doctrina consideró ya el tema con anterioridad (20) y fué de nuevo tratado con minuciosidad, tanto en sus posiciones teóricas como jurisprudenciales (21).

Los Estados Unidos de América no han instituído el régimen de control de cambios, pues tan sólo han dictado una legislación concerniente al oro y a las cláusulas oro, ya con anterioridad a la segunda guerra mundial y que tuvo su origen en la crisis financiera sobrevénida en 1929. Pero están en relación con esta materia, según hace ver EDER (22), las leyes y reglamentos que se refieren a la propiedad enemiga (Alien Property Custodian) y el bloqueo de ciertos bienes, fondos y haberes de los ciudadanos de aquellos países ocupados o de los satélites del llamado telón de acero. O sea, que los problemas que pueden plantearse resultan al relacionarse algún ciudadano norteamericano con otro sometido al régimen de control de cambios. Los tribunales conocen dichos casos y sus decisiones se muestran en diversos sentidos, si bien se trata de excluir la fundamentación basada en principios de orden público (23). Sin embargo, y a pesar de la ausencia de una legislación de control de cambios, la doctrina aborda sus

de Droit et de Sciences Politiques, XIV-4 (1954), 53 y ss., y en *Revue de la Banque*, 12 (1953) 863.

(18) Cfr. MANN, *The Exchange Control Act, 1947*, en *Modern Law Review*, 10 (1947) 411; LEROY-BEAULIEU, *Informe générale*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 208.

(19) MANN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 205 ss.

(20) Cfr. WHITTLESEY, *Exchange Control*. London, 1932; EINZIG, *Exchange Control*. London, 1934; ELLIS, *Exchange Control in Central Europe*. Cambridge, 1934; HALL, *The Exchange Equalisation Account*. London, 1935; HARRIS, *Germany's Foreign Indebtedness*. Cambridge, 1935; PAISIL, *The British Exchange Equalisation Fund*, en *Economica* (1935); EVITT, *A Manual of Forcing Exchange*. London, 1936; HARRIS, *Exchange Depreciation*. Cambridge, 1936.

(21) SWISS BANK CORPORATION, *Foreign Exchange Restrictions*. London, 1938; MANN, *The Legal Aspect of Money, with Special Reference to Comparative, Private and Public International Law*. Oxford, 1953; ELLIS, *Exchange Control in Germany*, en *Quarterly Journal of Economics* (1940); MANN, *Exchange Restrictions in England*, en *Modern Law Review*, 3 (1940) 202; HOWARD, *Exchange and Borrowing Control*. London, 1948; TSIMTKALIS, *The Effects of Change in the Value of Money, International Payments*, en *Revue Hellénique de Droit International*, 3 (1950) 82; WALTER, *The Law of International Payments*, en *Recueil des Cours de la Haye* (1951); HERNER, *Foreign Exchange Restrictions and Private International Law*. Stockholm, 1957 (existe un resumen en inglés).

(22) EDER, en *Le contrôle des cheques*, cit., pág. 188.

(23) Cfr. NUSSBAUM, *Money in the Law*, sect. 39: "International controversies and agreements on exchange control". Chicago, 1938.

cuestiones fundamentales, especialmente las de carácter internacional (24).

En Canadá se instaura el sistema de control de cambios en 1939 por una disposición del Consejo de Estado de 15 de septiembre de 1939 ("Foreign Exchange Control and Regulations"), pudiendo hablarse de una segunda etapa a partir de 1946 al aparecer la "Exchange Control Act", 1946, que se mantiene hasta 1949. Según BAUDOIN (25), la reglamentación tiene un carácter riguroso y es compleja, pues en tiempos de guerra se realizó a base de actos administrativos totalmente, mientras que después una ley concedía poderes delegados al ejecutivo, salvo instrucciones de la Comisión a sus agentes. Si bien sus disposiciones no alteraban las de Derecho común, este autor nota cómo se restringe el principio de libertad contractual, de un modo indirecto.

En España se adopta el sistema de control de cambios desde el año 1928. La Ley de Ordenación Bancaria, en su base séptima, prescribía su establecimiento, que vino a confirmar el Decreto-ley de 25 de junio de 1928, al crear un Comité interventor del cambio extranjero (26). Por una Orden de 31 de agosto de 1930 se constituye el "Centro Oficial de Contratación de Moneda" que se enfrentará y tratará de contener una baja en la cotización exterior (27). Dentro de esta línea de política económica, el Alzamiento Nacional de 1936 establece en Burgos un "Comité de Moneda Extranjera" que por la Ley de 25 de agosto de 1939 se sustituye por el "Instituto Español de Moneda Extranjera", que funciona hasta la actualidad (27 bis). Dicho

(24) Cfr. OHLIN, *Mechanism and Objectives of Exchange Control*, en *American Economic Review* (1937); WEIDEN, *Foreign Exchange Restrictions*. New York, 1939; COHN, *Currency restrictions and the conflict of laws*, en *Law Quarterly Review*, 55 (1939) 552; ID, *Foreign Awards and Exchange Restrictions under German Law*, en *Journal Comp. Legisl. Intern. Law*, XXI (1939) 75; SOUTHARD, *Foreign Exchange Practice and Policy*. New York, 1940; RASHBA, *Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict Laws*, en *Michigan Law Review*, 41 (1943) 777 y 1089; TRIEFFIN, *National Central Banking and the International Economy*, *International Monetary Policies*. Washington, 1947; NUSSBAUM, *Exchange Control and the International Monetary Fund*, en *Yale Law Journal*, 59 (1950) 421; ID, *Money in the Law-National and International*. New York, 1950; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Fifth Annual Report on Exchange Restrictions*. Washington, 1954; KAHN-FREUND, *International Effect of Currency Restrictions*, en *Modern Law Review*, 3 (1939) 158; *The Treatment of Forcing Exchange Controls in the Conflict of Laws*, en *Virginia Law Review*, 34 (1948) 697; FRIEDMANN, *Exchange Control*, en *St. John's Law Review*, 26 (1951) 97; CABOT, *Exchange Control and Conflict of Laws: an Unsolved Puzzle*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 99 (1951) 476; MEYER, *Recognition of Exchange Controls after the International Monetary Fund Agreement*, en *Yale Law Journal*, 62 (1953) 867; MIKESELL, *Foreign Exchange in the post war world*. New York, 1954.

(25) BAUDOIN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 151.

(26) Cfr. OLARIAGA, *La intervención de los cambios en España*. Madrid, 1929.

(27) Cfr. SARDÁ, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*. Barcelona, 1936.

(27 bis) Cfr. VILLASANTE CEBRIÁN, *El control de divisas en España*. Madrid, 1943; DE MIGUEL, *Comercio de divisas. Su estructura y ordenación en Europa*.

Instituto, dependiente del Ministerio de Comercio, tiene una serie de facultades que se pueden agrupar en tres, principalmente: a) Facultad de intervención en el cambio extranjero; b) Centralización completa de todos los ingresos y pagos con el exterior y, como consecuencia, facultad de realizar las operaciones derivadas de ello; c) Facultades de autorización y reglamentación de las operaciones financieras que los particulares efectuarán con el exterior.

El régimen legal español es de los llamados flexibles y tiene un carácter fundamentalmente administrativo, según se deduce del modo de proceder el Estado en la reglamentación de sus normas y del contenido material de las mismas (28); complementariamente hay que ad-

Madrid, 1952; CASES y MARTÍNEZ DEL RINCÓN, *El régimen de control de cambios*, en *Las inversiones del capital extranjero en España*, Madrid, 1960, p. 227.

(28) La legislación fundamental dictada al efecto es la siguiente: Decreto-ley 14 marzo 1937, sobre cesión de moneda extranjera y valores; Orden 20 marzo 1937, sobre importación de divisas por extranjeros; Orden 12 enero 1938, sobre cesión de divisas procedentes de la venta de inmuebles sitos en el extranjero; Decreto 24 noviembre 1939, que aprueba los Estatutos del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden 31 marzo 1943, sobre el pago en pesetas a los exportadores del importe de sus aportaciones; Ley 31 diciembre 1944, sobre pagos en el extranjero y relaciones del Tesoro con el Instituto referido; Decreto-ley 21 febrero 1947, que hace depender al Instituto Español de Moneda Extranjera de la Subsecretaría de Economía Exterior; Orden 29 marzo 1947, que crea el Comité Permanente del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden 19 diciembre 1947, sobre venta de bienes y valores españoles en el extranjero; Orden 6 diciembre 1947, modificada por la de 30 enero 1948, sobre disponibilidades de divisas para el tráfico de viajeros a través de nuestras fronteras; Ley 4 marzo 1948, dando normas sobre cesión, depósito y disponibilidades de divisas, oro y valores de cotización internacional; Orden 12 mayo 1948, sobre rentas, valores y bienes de españoles radicantes en el extranjero; Decreto 3 diciembre 1948, sobre cambios especiales, exportación, importación, relacionándose con la Orden de igual fecha y de 5 enero y 7 octubre 1949; Decreto 21 julio 1950, sobre mercado libre de divisas, según Instrucción de 28 julio 1950; Orden 21 julio 1950, autorizando a los viajeros para entrar y salir del territorio nacional con las cantidades de billetes del Banco de España que en la misma se señalan; Decreto 21 julio 1950 e Instrucción 28 julio 1950, sobre creación y funcionamiento del mercado libre de divisas en la Bolsa de Comercio de Madrid; Orden 3 agosto 1951, sobre divisas para los españoles que salgan al extranjero; Decreto 27 junio 1952, sobre importación de productos básicos para la economía nacional, inversión de saldos en pesetas; Decreto 26 octubre 1951, sobre modificación del mercado libre de divisas; Decreto 5 febrero 1954, autorizando el mercado libre de divisas en las Bolsas de Barcelona y Bilbao; Decreto 5 abril 1957, sobre unificación de los cambios aplicables a la contratación de divisas extranjeras; Decreto 5 abril 1957, sobre funcionamiento del mercado de divisas; Resolución 12 abril 1957, nuevas normas para operaciones en el mercado de divisas y anula las anteriores; Decreto 14 noviembre 1958, disponiendo que los Ministerios, Corporaciones locales, organismos económicamente autónomos y empresas subvencionadas no podrán comprometer ni celebrar contratos de suministros, obra, servicios o de otra naturaleza que impliquen pagos en moneda extranjera, sin previa conformidad del Ministerio de Comercio; Decreto 4 junio 1959, por el que se amplía el artículo 1.º del Decreto 14-XI-1958 a todos los actos administrativos o acuerdos de los Ministerios, Corporaciones locales, entidades estatales autónomas y empresas nacionales que puedan originar pagos en divisas extranjeras; Decreto-ley 21 julio 1959, sobre normas ordenación económica y cambio de moneda; Decreto-ley 27 julio 1959, sobre normas de inversión de capital extran-

vertir su carácter penal, dadas las sanciones que impone a sus infractores (29). Se trata, pues, de normas que se dirigen a conseguir un resultado inmediato (contener la salida de divisas y moneda al extranjero) y un resultado final (la defensa de la balanza de pagos) en beneficio de la comunidad nacional. Estas medidas, que responden a una técnica bancaria de economía dirigida, repercuten indirectamente en la celebración de los negocios jurídicos y particularmente en la ejecución o cumplimiento de los mismos. Estudiada ya la primera cuestión (30), nos resta por ver la segunda, especialmente cuando en el negocio intervienen extranjeros, residentes o no en nuestro ámbito nacional.

El cumplimiento de las obligaciones y contratos dentro de un régimen de control de cambios plantea una serie de cuestiones y problemas. Como advierte SCHOO (31), si una obligación ha sido estipulada en moneda extranjera, le está prohibido al deudor procurársela, y si se trata de moneda nacional, las leyes no le permiten exportarla, ni siquiera librarla dentro del país a un extranjero, sin previa autorización. Entonces, dentro de un régimen de control de cambios, ¿cómo se satisfacen los servicios de los empréstitos internacionales?; además, si el pago sin previa autorización es ilegal, ¿debe admitirse la imposibilidad para cumplir la obligación por parte del deudor?; ¿se trata real-

jero en empresas españolas; Orden 30 julio 1959, normas sobre supresión de reserva de divisas; Decreto 30 septiembre 1959, para desarrollo de preceptos sobre inversión de capitales extranjeros; Decreto 17 diciembre 1959, que regula las sociedades a las que se refiere el artículo 9 del Decreto-Ley 21-VII-1959, sobre ordenación económica en cuanto a determinados beneficios fiscales; Decreto 24 diciembre 1959, sobre normas complementarias respecto a inversiones de capitales extranjeros; Orden 24 diciembre 1959, normas sobre adquisición por extranjeros de valores mobiliarios de sociedades españolas; Orden 10 febrero 1960, normas relativas al Registro especial de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros; Orden 12 marzo 1960, sobre prórroga de plazo para la declaración de acciones, participaciones y otros títulos de empresas españolas propiedad de extranjeros; Ley 12 mayo 1960, sobre obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que atribuyan a extranjeros el dominio u otros derechos reales; Orden 2 junio 1960, que modifica la de 21 julio 1950, autorizando a los viajeros a salir o entrar con determinadas sumas de dinero; Orden 16 septiembre 1960, sobre aplicación de los tipos de cambio en las liquidaciones a practicar por impuestos sobre sociedades, sobre las rentas del capital, sobre los rendimientos del trabajo personal y sobre emisión y negociación de valores mobiliarios cuando las bases impositivas sean en moneda extranjera; Decreto-Ley 15 diciembre 1960, sobre control monetario.

(29) Los delitos monetarios se sancionan por: Ley 20 febrero 1942, en cuanto a la competencia del Juzgado y Tribunal de delitos monetarios por evasión de capitales; Decreto 20 febrero 1942, que sanciona el fraude de divisas; Decreto 11 diciembre 1951, que ratifica el vigor de la Ley 24 noviembre 1938; Orden 25 abril 1952, que interpreta el artículo 7 del Decreto 20 febrero 1942; Decreto 27 junio 1952, que sanciona la importación de productos básicos con pago en pesetas; Ley 20 diciembre 1952, que da normas para redactar el texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 septiembre 1953.

(30) Cf. BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-1 (1960) 262 ss.

(31) SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, pág. 854 ss.

mente de un caso de fuerza mayor ante el cual debe inclinarse el acreedor?; ¿tienen las normas sobre divisas carácter de derecho público y obligan únicamente dentro del territorio del país que las ha dictado?; ¿podrán los jueces extranjeros negarles toda influencia sobre las obligaciones de Derecho privado?; ¿es decisivo el Derecho de la jurisdicción al que se halla sometida la obligación, según las reglas de Derecho internacional privado vigente en él?; si los individuos o las personas jurídicas deudoras tienen bienes en el extranjero, ¿podrán sus acreedores embargarlos, o debe estarse a la legislación de la deudora?; a falta de pago del deudor, ¿podrá el acreedor perseguir el cobro de su crédito contra las garantías reales o personales que se encuentran en el extranjero y que le son, por tanto, más accesibles?; prohibida la importación de billetes de Banco, aunque conserven dentro del país que los ha creado su curso legal, ¿podrán los deudores extranjeros de esa moneda liberarse hacia sus acreedores al entregar o consignar dicha moneda en el exterior?; y en el supuesto de moneda extranjera, ¿podrán hacerlo para con sus deudores domiciliados fuera del país en divisas reglamentadas?

Como puede advertirse, las cuestiones son múltiples y varias, pero en todas ellas late una principal: la de si es posible que se realice el cumplimiento de la obligación al quedar sometido el deudor de un modo general a la prohibición de realizar transferencias en el caso de que no se obtenga la autorización. Ahora bien, para poder responder a esta cuestión principal y a las demás que se han planteado es necesario, en primer lugar, delimitar el ámbito normativo por el que se rigen las obligaciones y, en segundo lugar, la legitimidad del régimen de control, con objeto de poder comprender en toda su amplitud la problemática del conflicto de intereses y su solución más justa.

2. EL ÁMBITO NORMATIVO Y LA LEGITIMIDAD DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS

En el ámbito cultural del mundo de nuestros días hay que referirse a dos esferas normativas dentro de las relaciones jurídicas: la nacional y la internacional. Dentro de la primera, la autoridad del Estado, a través de sus órganos legislativos, administrativos y judiciales, trata de lograr la más eficaz convivencia social; en la segunda, mediante principios de Derecho natural, normas superiores de convivencia interestatal (principios reconocidos con validez universal, normas paccionadas, tribunales internacionales), se trata de poder llegar a una mejor convivencia humana. Pero no siempre se conforman y supeditan las normas nacionales en función de metas más universales, sino que tratan de defender puntos de vista particulares en conformidad con las necesidades nacionales; son normas de carácter político, económico y religioso que defienden posiciones concretas.

Entre las normas de carácter político y económico están las normas que afectan al establecimiento del control de cambios que tienen

como finalidad influir sobre la balanza de pagos. Tal carácter económico es universalmente reconocido por los autores, aunque se ha discutido su carácter político. KNAPP (32) ha examinado la cuestión de si realmente las disposiciones legales sobre divisas son de naturaleza política *strictu sensu* o no, y observa que toda ley que no tiene únicamente por fin reglamentaciones de cuestiones puramente técnicas presenta un lado político, puesto que forma parte de una legislación general que encuentra su fundamento en la organización misma del Estado. En este sentido, dice, el Código civil francés, como el suizo y como el soviético, tienen carácter político. Cuando hablamos de una ley o de una medida política comprendemos, en cambio, una ley o una medida directamente contraria a los principios de Derecho vigentes en el Estado que las ha sancionado. De aquí que este autor concluya que las leyes sobre divisas no pueden ser políticas y, por tanto, excepcionales, puesto que alcanzan a cualquier persona o Estado y forman parte del Derecho público regular del país que las ha sancionado. Aunque de esto no se sigue que los tribunales extranjeros deban tenerlas en cuenta, pues el orden público local puede oponerse a que se les dé validez.

Las normas sobre control de cambios, al ser dictadas por un Estado concreto, afectan principalmente a una comunidad nacional y, por tanto, su alcance está dentro de su soberanía territorial; ahora bien, su carácter gubernativo restringe para algunos autores el alcance de su aplicación. Frente a esta opinión, MEZGER (33), KNAPP (34) y SCHOO (35) creen que tal caracterización es muy vaga, puesto que muchas disposiciones civiles se explican por razones administrativas e políticas y se las aplica aun fuera del territorio en que se hallan vigentes. Además, el régimen de control al afectar a los ciudadanos nacionales residentes en el extranjero, así como a los extranjeros residentes o domiciliados en donde rija el control, ha de concluirse, con NUSSBAUM (36) y PERRAUD (37), que se trata de un moderno tipo de legislación completamente extraterritorial.

El control de cambios se basa en un interés nacional y la prohibición que se establece a los deudores locales de efectuar pagos a los acreedores extranjeros, sin tener los permisos o autorizaciones previas de cambio, constituye una característica esencial del sistema. Esto revela, por otra parte, cómo la política de un país en materia de control de cambios puede resultar incompatible con los intereses de otros países. Por eso, cuando ha surgido algún conflicto se ha invocado por los tri-

(32) KNAPP, en *Clunet*, 65 (1938) 967 n. 6, y también *La notion de l'ordre public dans les conflits des lois*, pág. 149.

(33) MEZGER, *Les mesures du contrôle des changes et les principes du conflit de lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International privé*, IV (1937) 546.

(34) KNAPP, *op. cit.*, pág. 967.

(35) SCHOO, *op. cit.*, pág. 868.

(36) NUSSBAUM, *Money in the Law National and International*, cit., pág. 485.

(37) PERRAUD, *De l'extension extraterritoriale des lois de police comme conséquence de l'autonomie de la volonté*, en *Clunet*, 33 (1906) 34.

bunales (38) y la doctrina (39) el argumento de "orden público" que exime y prescinde de las normas establecidas por el sistema de control de cambios vigente en el extranjero.

Lo que sea "orden público", hemos de advertir con SCROO (40) y OBERSON (41) que es una de las nociones más complejas y menos delimitadas que existe en el ordenamiento jurídico, pues no está definida en ningún cuerpo legal y se puede decir que su carácter más relevante es la imprecisión. Su concepto se halla influido por las tendencias jurídicas de cada época que el juez aplica cuando una ley extranjera contradice abiertamente su honesta convicción jurídica fundada en su legislación y en los conceptos de Derecho que están en vigor. Para NUSSBAUM (42), el orden público es unilateral y automotivado; no hay ni inconsecuencia ni hipocresía en el hecho de que un tribunal no aplique las medidas extranjeras lesivas al foro, aunque éste haya dictado o sancione en el futuro medidas similares lesivas a otros. El concepto de orden público no tiene una estructura moral o ética. Sólo puede decirse que cuando los órdenes públicos chocan, el

(38) Para Francia, cfr. *Apel. París*, 20 julio 1939, en *Revue de Science et Législation Financières*, XXXVII (1939) 608. Para Italia, cfr. *Cass. it.*, 30 julio 1937, en *Foro Italiano*, I (1937) 203. Para Alemania, cfr. *Reichsgericht*, 3 octubre 1923, en *Reichsgerichtszeitung*, 108 (1924) 241, y NIEDERER, *Das Problem des ordre public in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts*, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 68 (1949) 274. Para Suiza, cfr. *Trib. Feder.*, 18 septiembre 1934, en *Amtliche Sammlung*, II (1934) 294, y GUTZWILLER, *Der Ordre Public im schweizerischen Internationalprivatrecht*, en *Mélanges G. Streit*, I (Athènes, 1939). Para Holanda, cfr. *Hooge Raad*, 26 mayo 1939, en *Niederlandische Jurisprudentie* (1939), 1386. Para Austria, cfr. *Supr. Cort.*, 10 diciembre 1935, en *Die Rechtsprechung* (1936), 22.

(39) Cfr. BARTIN, *Les dispositions d'ordre public*, en *Revue de Droit International et de Législation comparée* (1897), 392; FEDOZZI, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, en *Chunet*, 24 (1897) 497; RAPISARD-MIRABELLI, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*. Catania, 1908; FINK, *Die Prinzipien des internationalen Privatrechts und die Vorbehalts-Klausel*, en *Niemeyers Zeitschrift* (1913); SALVIOLI, *Causa illicita nei contratti e ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, VII (1914) 225; BRAND, *Die Schutzfunktion des Ordre Public in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, en *Deutsche Rechtszeitschrift* (1948), 377; VALLINDAS, *La réserve de l'ordre public en droit international privé*, en *Revue Hellénique de Droit International*, 3 (1950) 270, y en *Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, XVIII (1953) 1; WESENBERG, *Devisenrecht und Ordre Public*, en *Juristische Rundschau* (1951), 433; PHILONENKO, *La notion de l'ordre public international*, en *Chunet*, 79 (1952) 780; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *L'ordre public en Droit privé interne*, en *Études de Droit civil à la mémoire de H. Capitant*, pág. 381; SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, en *Rivista di Diritto internazionale*, XXXVII (1954) 82; BARTOLOME, *Ancora sull'ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, en *Il Foro Italiano*, LVVVI (1956) 553; OBERSON, *L'ordre public en matière monétaire*. Freiburg im der Schweiz, 1956; BELLINI, *Sul funzionamento dell'ordine pubblico quale limite all'efficacia in Italia di situazioni giuridiche estere, astratte o concrete*, en *Rivista de Diritto Internazionale*, XL (1957) 589

(40) SCROO, *op. cit.*, pág. 905.

(41) OBERSON, *op. cit.*, pág. 8.

(42) NUSSBAUM, *Money in the Law*, cit., pág. 489.

tribunal aplicará el orden público del foro con preferencia a cualquier otro.

Especialmente son los tribunales ingleses quienes son contrarios al uso del concepto de orden público y sus variantes, aunque en menor grado los tribunales americanos (43). A pesar de todo, los tribunales angloamericanos, en su mayor parte, han llegado al no reconocimiento de las restricciones extranjeras de cambios y han aplicado su propio derecho.

Los tratadistas, en general, creen que en esta materia no se puede ser exclusivista y unilateral (44). De aquí que sea de gran importancia al examen por el juzgador de las condiciones en que ha sido dictada una ley de control de cambios, el estudio de las circunstancias concretas del caso y, en particular, del perjuicio causado a los intereses de los ciudadanos de su propio país, para inferir de allí si ha habido o no violación del orden público local.

Es LEMKIN (45) quien plantea la cuestión en su verdadero terreno, al establecer, no la defensa del Derecho extranjero —las prescripciones de los Códigos civiles que declaran la nulidad de los contratos concluidos *in fraudem legis* sólo conciernen al Derecho nacional—, sino la protección del orden público de la *lex fori*, para lo cual debe comenzarse por establecer si tales convenciones son contrarias a la concepción de las buenas costumbres reinantes en el país del tribunal llamado a entender en un caso de esta naturaleza.

En cuanto al régimen de control de cambios español hay que señalar la legitimidad con que ha sido implantado y el correcto orden público internacional a que responde tanto en lo que atañe a la situación en que fué establecido (contener una baja de la moneda exterior) y mantenido (la falta de reservas oro, por saqueo internacional, y destrucción de la balanza de pagos por la guerra civil), como por el carácter general y no discriminatorio con que fué proclamado. Tenía una plena justificación, puesto que se inspiraba en la defensa de los intereses públicos y del bien común; respondía a la finalidad de mejorar la vida económica del país y atendía a la necesidad de mantener nuestra peseta con la dignidad de rango que hasta entonces se había caracterizado. Se trataba, pues, de unas medidas establecidas con alcance general para todos los españoles, domiciliados o re-

(43) Cfr. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1935); NUTTING, *Suggested limitations of the public policy doctrine*, en *Minnesota Law Review*, 19 (1935) 196; RASTHA, *Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict of Laws*, en *Michigan Law Review*, 41 (1943) 777, quien manifiesta que esta doctrina destruye los derechos adquiridos.

(44) Según NIBOYER, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, XXXI (1936) 859, "el orden público de cada país, depende rigurosamente del Juez". También KUTTLER, *Zur Frage der Beschränkungen der Funktion der ordre public im internationalen Privatrecht*, en *Schweizerische Juristenzeitung*, 47 (1951) 149.

(45) LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*. París, 1939, pág. 363. Antes, HARTMANN, *Internationale Goldschulden. Beitrag zur Rechtslehre vom Gelde*. Freiburg, 1882.

sidentes en España y en el extranjero, y para quienes gozando de la nacionalidad española (como las personas jurídicas) residan u operen en nuestra área monetaria.

Es un fenómeno ya conocido que tales medidas de control afectan a determinados sectores privados al restringir su autonomía en lo que afecta a la disposición de divisas y su transferencia al exterior; pero intereses más generales y legítimos reclaman que los intereses particulares se dobleguen y cedan en sus pretensiones. Veamos, pues, cómo el régimen de control de cambios afecta a la autonomía de las partes y a qué límites la ajusta.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA LEY APLICABLE A LA MONEDA DE PAGO

Al ser las normas de control de cambios de carácter imperativo y general, en cuanto medidas restrictivas que señalan unos determinados requisitos en lo que afecta a la traslación y salida del oro, valores, divisas y moneda nacional, es indudable que repercuten en las esferas de la contratación privada (civil y mercantil), tanto nacional como extranjera o internacional. Toda la gama de obligaciones y contratos con prestaciones monetarias vienen a quedar afectados cuando el cumplimiento de dicha prestación de dinero suponga una traslación fuera de la competencia o autoridad del Estado que la gobierna, ya se trate de una relación entre nacionales o residentes, o entre un nacional o un residente extranjero. Por lo tanto, el control y sujeción a unas determinadas normas supone una restricción en la libre autonomía de las partes que pretenden realizar un contrato implicative de traslación de dinero o divisas.

Sin embargo, es necesario distinguir bien entre las medidas restrictivas que subordinan a las partes al cumplimiento de una formalidad legal (obtención de una autorización) y las relaciones o convenio existentes entre el deudor y el acreedor. En otro lugar (46) ya examinamos las consecuencias que implica el carácter administrativo y penal del régimen de control de cambios en lo que respecta a la cuestión de la nulidad o validez de un negocio jurídico contraído por las partes sin previa autorización gubernativa. Entonces concluíamos que el negocio era válido porque no vulnera ninguna disposición que vaya contra la esencia del contrato, puesto que las disposiciones que norman el control de cambios no regulan los elementos constitutivos del negocio jurídico, ni alteran ni sustituyen sus normas comunes o sustantivas. Es que las normas de control tan sólo se refieren a un aspecto parcial de los mismos contratos y ello de un modo indirecto al decidir de una manera realista la sanción de una pena a quien transgreda el hecho de la traslación de moneda o divisas fuera del ámbito de poder

(46) Cfr. BONET CORREA, *op. cit. passim*; MEZGER, *Les mesures de contrôle des changes et les principes du conflit des lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International privé* (1937), 536.

del Estado. Se trata, pues, de imponer y sancionar unas determinadas condiciones de hecho con una finalidad económica que repercuten sobre el ejercicio de los derechos y obligaciones que implican una transmisión de dinero (moneda, divisas, valores, etc.). Jamás se pretendió por ninguna legislación de divisas el alterar el régimen de los contratos o de los negocios jurídicos; simplemente se pretendía someter a control y vigilancia la salida de divisas o moneda, pues de lo contrario se hubiera dado un golpe muy duro a la contratación patrimonial, aunque de hecho quedase muy restringida en su volumen y tráfico a determinado ámbito de negocios. Haber dispuesto o sancionado la nulidad de los contratos u obligaciones contraídas hubiera supuesto la paralización total del tráfico comercial y civil, tanto en la esfera nacional como internacional. Se prefirió elegir otro camino: el de sancionar penalmente aquellos actos y negocios que infringiesen el control, bastando la pena como medida intimidativa y la multa como medio recupearatorio para conseguir la finalidad pretendida.

La autonomía de las partes no se restringe en lo referente a las posibilidades de celebración del negocio, sino en cuanto afecta indirectamente a su resultado o cumplimiento, ya que en las obligaciones de prestación monetaria el objeto principal de dicha prestación queda sujeto, en cuanto a su traslación, a los límites que le impone la autorización gubernativa. De la autorización depende, en definitiva, la licitud del negocio, pero nunca su validez; en regímenes flexibles de control, como el español, la autorización permite tan sólo la viabilidad del negocio. La doctrina científica, desde RANELLETTI, ha usado el término "autorización" para indicar la habilitación pública para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente. VIGNOCCHI (47) afirma que la noción de autorización deducida de la doctrina imperante en estos últimos decenios se compendia en los principios siguientes: la autorización es un acto autónomo, una manifestación jurídica de voluntad con funciones no constitutivas de un derecho unido pero consistente en una "remoción de límites" para el ejercicio de un derecho preexistente. Tiene una finalidad marcadamente de interés público social y habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la Administración que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo.

Se llega a una conclusión, y es que una de las características más sobresalientes que el régimen de control de divisas trae consigo es la restricción del ejercicio de los derechos privados en materia de obligaciones monetarias que impliquen movimientos de capitales y mercancías. Indirectamente, todos estos actos de prestación monetaria que tienen un alcance más allá de las fronteras de la comunidad nacional vienen sujetos al requisito de la autorización que, aun sien-

(47) VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*. Padova, 1944.

do simplemente formal, por su fuerza real afecta a la ejecución del negocio, lo que en definitiva supone atacar el ser y principal efecto del contrato, por lo menos para aquella de las partes que ha de recibir la moneda como contraprestación debida.

Con MESSINEO (48) diremos que resulta reducida la esfera de autonomía de la voluntad a consecuencia de las prescripciones gubernativas en lo que se refiere a la utilización por los particulares de los medios de pago. Sin embargo, el deudor que se ha obligado, ya con anterioridad al régimen de control o al margen del mismo, sin haber puesto la condición de la concesión de la autorización gubernativa, no queda exonerado hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación.

La conclusión es que desde el punto de vista del Derecho privado, y en sistemas como el español, francés, belga, italiano y alemán, la necesaria obtención de una licencia o autorización para importar o exportar mercancías o para la transferencia de dinero o divisas, afecta tan sólo a un aspecto particular de la relación u obligación contratada: la ejecución de la misma (la posibilidad de la entrega de la moneda específica), pero nunca a la libertad de su formación o disposición. La autorización sólo se refiere a la operación material de traslación de la moneda, pero no a la validez del contrato. A este propósito, ROBLOT (49) cita la sentencia de 27 de enero de 1947 que manifiesta: "La Sala no pone en duda la validez de un contrato de venta libremente concluído entre una sociedad francesa y una sociedad belga; lo que es necesario examinar son las consecuencias de la falta de su realización, por alegar la sociedad francesa la imposibilidad de obtener la licencia de exportación que era necesaria".

Resulta, pues, que la validez del contrato es indiscutible; el problema está en ver quién debe soportar las consecuencias de la inejecución y saber si aquélla fué posible. La distinción entre el *acto de disposición* (que tiene validez por sí mismo) y *su realización* (sometida a una autorización) es clara (50). Sin embargo, no cabe duda que el régimen de control perturba y llega a modificar, según veremos, las condiciones de ejecución de Derecho privado a consecuencia de las medidas de control real que se imponen (intermediación de un organismo oficial, domiciliación, etc.). De este modo la intervención puede ocasionar la modificación de ciertas condiciones de pago que las partes no habían previsto respecto de la fecha, el lugar y, sobre todo, de la moneda de pago.

(48) MESSINEO dice que los controles preventivos, y la necesidad de autorización para el ejercicio de actividades económicas y planes económicos que el Estado promueva, determinan una restricción directa del libre juego de la voluntad de los contratantes.

(49) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 29.

(50) En la doctrina belga cfr. VAN HOUTTE, en *Pandectes Périodiques* (1938), 111 y en *Répertoire Pratique du Droit belge*, XI (1940) 182. Sobre la necesidad de obtener una licencia para poder efectuar el pago, cfr. UNITED STATES, *Supreme Court, Trial Term, New York County*, Part XI, 20 febrero 1948, en *Annual Digest of Public International Law Cases* (1948), 18.

En el ámbito del Derecho internacional privado también hay que distinguir lo que se refiere a la formación del contrato y lo que atañe a su ejecución. En la formación del contrato se opera con la autonomía de la voluntad libremente, reconociéndose a las partes la posibilidad de determinar la ley aplicable; no obstante, la *lex loci solutionis* impone también sus normas. De aquí que la doctrina trate de discriminar cuál sea la ley aplicable (51): a) La ley que rige la obligación. b) La ley del lugar del pago. c) La ley de la moneda estipulada.

a) En cuanto a la ley que rige la obligación, la jurisprudencia da a la autonomía de la voluntad unos amplios límites en materia contractual y deja a las partes la elección de fijar la ley que rige el contrato (52). De este modo se ha llegado a dar un puesto secundario a la ley que gobierna el empréstito o las obligaciones contraídas. A menudo se olvida que la ley que preside el contrato tiene una importancia de primer plano en todo lo relativo al examen de los problemas vinculados a la moneda de pago y debe ser considerada antes que cualquier otro problema. La validez de las cláusulas de una obligación, en efecto, se haya subordinada a la observancia de las disposiciones imperativas de esta ley que tiene valor internacional (53).

Aquí es necesario hacer un distingo fundamental, que ya el "Tribunal Permanente de Justicia Internacional" puso de relieve muy atinadamente: el que se refiere a la *sustancia de la deuda* y el que atañe a las *modalidades de pago* (54). La primera tiene en cuenta el conjunto de circunstancias y condiciones dentro de las cuales las partes se encuentran jurídicamente ligadas, tales como la formación del contrato, las condiciones de existencia y validez, la determinación de la naturaleza jurídica de la deuda y su extensión. Las segundas, o modalidades de pago, conciernen a las condiciones en las cuales el deudor deberá cumplir su obligación, tales como la determinación de los signos monetarios con que habrá de liberarse, su cuantía, etc. Ello es así, puesto que, como hace ver BROGGINI (55), no siempre una obligación o contrato se encuentra sometido a una ley única. El mismo "Tribunal Permanente de

(51) Dice PIERRE LOUIS LUCAS, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, en *Etudes de Droit civil à Capitant*, página 649, que la autonomía de la voluntad es una expresión que no tiene significado idéntico en Derecho privado interno y en Derecho internacional privado. Y. NIHOYET, *Manuel de Droit international privé*. París, 1928, pág. 789, la define como el derecho reconocido a las partes para elegir la ley competente en esta materia. También GAMILLSCHIEG, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiville im internationalen Vertragsrecht*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 157 (1958) 303.

(52) Cfr. SERRA, *Il problema dei limiti alla libertà di scelta delle parti nella designazione della "lex contractus"*. Milano, 1948.

(53) Cfr. DE NOLDE, *La détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre impératif*, en *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1925), 66.

(54) Véanse los célebres fallos a propósito de los empréstitos serbios y brasileños: *Public. Offic.*, serie A, n.º 20-21, cit. por SERRA, *op. cit.*, pág. 13, n. 24.

(55) BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*. Freiburg im der Schweiz, 1951.

Justicia Internacional" tiene declarado que "es bien posible que la misma ley no rija la obligación en todas sus partes; la distinción que parece imponerse para resolver el caso, es especialmente la de la sustancia de la deuda y ciertas modalidades de su pago." Incluso partidarios de la ley única, como NIBOYET (56), admiten derogaciones a la regla, especialmente en materia de pagos.

En todo lo concerniente a la sustancia de la deuda, el juez deberá buscar la ley aplicable al contrato conforme a los principios ya expuestos y de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso. Si bien se ha querido encontrar por los internacionalistas una regla única para determinar esta ley —ley del lugar de conclusión del contrato, del domicilio o del asiento social del deudor— sobre un solo punto el acuerdo es unánime: un Estado no puede hallarse sometido a otra ley que la propia en lo concerniente a la sustancia de la deuda, a menos de estipulación expresa en contrario.

Las modalidades de pago se encuentran, pues, sometidas a la *lex loci executionis*, es decir, a la ley del país donde éste será cumplido, ya que el lugar de pago determina la moneda en la cual será realizada la obligación (57).

b) Respecto a la ley del lugar de pago, es necesario advertir que con el fin de asegurar el éxito de las emisiones, las colectividades deudoras en busca de capital extranjero estipulan con frecuencia que el pago de los cupones y el reembolso de los títulos será efectuado en el país donde tratan de hallar los suscriptores, lo que en ciertos casos puede ser un elemento de gran interés para concluir satisfactoriamente la operación. Otras veces nada se dice, y entonces hay que determinar cuál será la ley aplicable.

En el primer caso, la intervención de la ley del lugar de pago es indiscutible y se justifica fácilmente por consideraciones de orden público, porque en este lugar es donde la moneda estipulada será librada por el deudor y es en el mismo lugar donde también el acreedor deberá aceptar el pago. Ahora bien, como el pago no puede realizarse válidamente más que en la moneda cuya circulación esté permitida en el territorio del Estado donde éste tiene lugar, es incontrovertible la necesidad de respetar las leyes de interés general dictadas en ese país, como las de curso legal y curso forzoso.

En el segundo caso, cuando nada se haya estipulado acerca del lugar del pago, la obligación se ha de regir por las normas del domicilio del deudor, respetándose igualmente la legalidad que vige para el curso legal y obligatorio.

Es una regla universalmente admitida en Derecho internacional pri-

(56) NIBOYET, *op. cit.*, pág. 1.

(57) Cfr. BETTI, *Autonomia privata e competenza della "Lex loci actus" nelle obbligazioni civili e commerciali*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, IX (1930) 3; ZANNINI, *Efficacia della "lex loci executionis" nel regolamento internazionale privatistico delle obbligazioni contrattuali*, en *Annali di diritto internazionale*, IX (1949) 79.

vado que las leyes sobre las modalidades de pago rigen para todos aquellos que han de efectuarse en el territorio donde han sido dictadas. Por eso, el pago efectivo se realizará en dicho territorio y no podrá llevarse a cabo en otra moneda que la admitida por la ley del lugar; además, como los tribunales no pueden en general pronunciar condenas que no sean en moneda nacional, será absolutamente en dicha moneda con la que el deudor deberá pagar, aunque se tenga en cuenta el cambio (58).

c) No siempre la ley del lugar del pago se amalgama con la de la divisa estipulada, lo que plantea una interrogante: ¿En qué medida las prescripciones monetarias del Estado, cuya moneda se ha adoptado, deben ser reconocidas y aplicadas por el juez extranjero?

Por razón de su importancia, las prescripciones que reservan al Estado el derecho de reglar el régimen monetario suelen hallarse contenidas en su Constitución, leyes fundamentales o administrativas, atribuyéndoseles también el carácter de disposiciones de orden público, en el sentido de que tienen aplicación absoluta en el territorio del Estado que las ha sancionado.

Los internacionalistas suelen mantener que las partes que contraen las obligaciones en un determinado país o de una persona de aquél, en cierto modo se confían a la legislación del Estado cuya unidad han adoptado. Por tanto, no son necesarias declaraciones especiales de voluntad para decidir que por el solo hecho de estipular las partes en moneda del Estado X, se someten a su legislación monetaria (59). Los tribunales extranjeros, entonces, aplicarán la ley de la divisa estipulada en el contrato, con la reserva, naturalmente, de que no sea contraria a las disposiciones de orden público vigentes en su propio territorio.

Ahora bien, en el caso de capitales extranjeros que operen sobre un territorio nacional cuyas obligaciones incluso hayan sido contraídas en el extranjero y en monedas o divisas extranjeras, decide la ejecución de sus obligaciones la situación jurídica del domicilio y las leyes de orden público del lugar de inversión o plena dedicación industrial. El sentido realista hoy imperante en el Derecho internacional privado ha desbordado los conceptos y modos tradicionales de entenderlos; tal ocurre con la calidad de "nacional" y de "extranjero", de "domicilio" y de "residencia". Como advierte SCURO (60), todos los sistemas dejan de lado el criterio de la "nacionalidad política", pues conforme a los principios adoptados por las modernas legislaciones, la facultad de ejercer una actividad económica en tal o cual país no depende de la posesión de una determinada nacionalidad. El criterio uni-

(58) Cfr. LENNON MC NAIR, *Rate of Exchange in English Judgements*, en *Law Quarterly Review* (1921) 40; KOERSNER, *Étude des questions des changes*, en *Memoire présenté à la Conférence de l'International Law Association* (1926), 18.

(59) Cfr. PERRAS, *La monnaie de paiement des emprunts extérieures*. Thèse. Dijón, 1932, pág. 79.

(60) SCURO, *op. cit.*, pág. 859, n. 2359.

versalmente aplicable —añade este autor— es el del domicilio o asiento social de las personas (físicas y jurídicas) interesadas. Así, por ejemplo, no existe una definición de la “residencia habitual” como determinante de su nacionalidad; es una cuestión de hecho que suele dejarse a la libre apreciación de la Administración o de los tribunales.

En la práctica francesa son considerados como “residentes” los extranjeros que hayan establecido su domicilio en Francia antes del 10 de septiembre de 1939 y que tengan un centro de actividad. Por lo que respecta a las personas jurídicas, es el lugar de su establecimiento, en donde realizan las operaciones de explotación, el que determina la nacionalidad de dichas personas (61).

Entre nosotros (62), la “residencia” es una palabra de origen latino que indica la permanencia más o menos continuada en un punto y que, según la extensión, actos que se realizan, condiciones y ánimo deliberado del residente, ha sido siempre el origen del domicilio. Del mismo parecer es el Tribunal Supremo (63) cuando en la actualidad confirma que la residencia habitual determinante del domicilio, conforme al artículo 40 del Código civil, supone, no la permanencia más o menos larga en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse definitivamente en él (64). Tal sentido voluntarista y realista es también adoptado por la legislación de control de cambios al alcanzar a los que “residan u operen en territorio español”. Además, las personas jurídicas extranjeras, a tenor del artículo 15 del Código de comercio quedan sujetas a las disposiciones de nuestro Código en todo lo concerniente a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación (65).

(61) Cfr. RAVINOVITCH, *Nouveau régime des paiements dans la zone franc et ses répercussions sur l'exécution des contrats*, en *Journal des Notaires* (1955), 177. Respecto a otros países, cfr. ROCCHI, *In tema di sede legale e sede effettiva della società*, en *Giurisprudenza Toscana* (1951), 302; SCHLLING, *Sede secondaria e società figlie nel diritto tedesco*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* (1955), 147; GEGOUT, *Filiales et groupements des sociétés*. Thèse. Paris, 1929; S. E. G., *Interpretation of "Holding Company" and "Affiliate" under the Public Utility Holding Company Act*, en *The Yale Law Journal* (1942), 1018; KRONSTEIN, *The Nationality of International Enterprises*, en *Columbia Law Review* (1952), 983.

(62) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., II (Madrid, 1881-1890) 341 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, en *Información Jurídica*, 37-38 (1954) 71; también “La doble nacionalidad”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, I (1948) 77.

(63) SS. 17 septiembre 1858, 20 diciembre 1859, 6 febrero 1866, 17 enero 1868 y 19 marzo 1877.

(64) S. 18 septiembre 1947.

(65) Véase también el artículo 21 de la Ley mercantil y el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil.

4. LA INFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE CONTROL SOBRE LOS ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES MONETARIAS

Ya hemos examinado cómo las medidas gubernativas del control de cambios influyen sobre las obligaciones y contratos dinerarios especialmente en cuanto al modo de ejecución. De aquí la necesidad de fijarnos concretamente en los tres puntos más afectados: en cuanto al *lugar*, en cuanto a la *fecha* y, sobre todo, en cuanto a la *moneda*.

En cuanto al *lugar*, se advierte cómo la reglamentación de cambios ha sometido el régimen de importaciones y exportaciones a la obligación de domiciliación. El importador debe escoger un intermediario que se encarga de reunir por cuenta del Instituto de Moneda correspondiente los documentos que puedan controlar las operaciones domiciliadas (conocimiento de embarque o de transporte, talones de facturación, etcétera) que son susceptibles de probar la realidad y la fecha de la expedición de mercancías o de su importación. La observación de las formas prescritas es indispensable para que el importador pueda obtener los medios de pago necesarios para llevar a cabo su operación. La intervención obligatoria de un Banco es una de las modalidades sobresalientes del sistema, los cuales actúan de intermediarios con un doble papel: al asistirles a sus clientes y guiarles en el cumplimiento de las formalidades y al facilitar a las autoridades de control la serie de operaciones financieras y complementarias.

La reglamentación española para la petición de moneda, en caso de importación o exportación, exige la domiciliación y prescribe que se declare bajo palabra de honor que, de acuerdo con los justificantes necesarios, se obligue el peticionario a no hacer aplicación de dicha moneda a fin distinto del expresado, y a facilitar sus libros y documentos para cuantas comprobaciones se consideren necesarias por el "Instituto Español de Moneda Extranjera" o sus delegados, quedando apercibido de incurrir en las penalidades que se determinan. Se prescribe, además:

- a) Que cada petición se refiera a una sola clase de moneda.
- b) Que el pago, si ha de efectuarse por *clearing*, debe acompañarse del formulario correspondiente.
- c) Los documentos que se unan a la petición serán siempre los originales.
- d) No se admitirá ninguna petición extendida deficientemente o a la que no se acompañen los documentos necesarios.
- e) Cualquier información sobre peticiones ya presentadas al Instituto deberá solicitarse por mediación del Banco intermediario.

En cuanto a la *fecha* en que ha de librarse el contrato, la reglamentación de cambios puede influir variando el tiempo de ejecución, establecido paccionadamente por las partes. En primer lugar, puede repercutir en cuanto a los efectos del cumplimiento por no realizarse en la fecha debida, al no librarse oportunamente por el Instituto controlador la autorización necesaria para obtener divisas. En segundo lugar, una fecha determinada puede tener distintos efectos por lo que se refiere a la conversión o cambio de la moneda pactada, o de la divisa pedida, en moneda nacional.

En cuanto al primer punto, según advierte ROBLOT (66), la intervención de la reglamentación de cambios hace que, en casi todos los países, el acreedor rehuse a toda acción de daños e intereses moratorios contra su deudor, pues la reparación por retraso se subordina normalmente a la existencia de una falta del deudor según los principios del Derecho común, ya que el retraso es imputable a las autoridades de control y no al propio deudor.

Respecto al segundo punto, nuestro Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de decidir. La sentencia de 3 de julio de 1936 estableció que la equivalencia o cotización de la moneda extranjera en pesetas será según el día del pago o de la demanda. Más concretamente, la sentencia de 23 de diciembre de 1954 expuso que, reclamada una cantidad en moneda extranjera o su equivalente en pesetas, esta equivalencia ha de fijarse al cambio oficial y en la fecha del emplazamiento del demandado. De un modo general, la sentencia de 9 de noviembre de 1957 decide que la cotización de moneda extranjera ha de ser la que rija al momento del pago.

En cuanto a la *moneda* es donde han surgido mayores dificultades. Los regímenes de control, desde su gama más rígida hasta la más flexible, han comenzado por el bloqueo, el depósito y la requisita de moneda y divisas en provecho de la colectividad nacional (67).

El bloqueo ha venido ligado a las circunstancias de guerra y se le dió un carácter provisional. Tal ocurrió con las "Freezing Order" de 1940 dadas por los Estados Unidos para impedir a las potencias del Eje utilizar los valores americanos (68). Igualmente el Gobierno español, por una Orden de la Presidencia de 16 de abril de 1937, en relación con la Orden de 22 de marzo del mismo año, disponía: "Todos los particulares, bancos, sociedades y demás entidades en general que, gozando de la nacionalidad española, residan u operen en el territorio ocupado o transitoriamente en el extranjero, deberán ceder, por medio de un banco operante en dicho territorio o directamente al Banco de España en Burgos (Comité de Moneda Extranjera), las divisas libres de su pertenencia, de acuerdo con la declaración presentada en el citado Comité, contra su equivalencia en pesetas, a los cambios que señala el artículo 1.º de aquel Decreto-ley." Por lo que se refiere al depósito a que se obligaba, el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937, en su artículo 3.º, manifestaba que "los individuos o entidades a que se refiere el artículo 1.º, deberán asimismo hacer entrega al Estado, en concepto de depósito, de todo el oro amonedado o en pasta que posean en España o fuera de la nación. El Estado facilitará a los interesados el oportuno resguardo acreditativo de la existencia del depósito. El Estado podrá disponer del oro depositado si altas conveniencias nacionales así lo

(66) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 41.

(67) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 34 y ss.

(68) Cfr. FREUTEL, *Exchange Control. Freezing Orders and the Conflict of Laws*, en *Harvard Law Review*, 56 (1944) 30.

exigieran, pero en ese caso se dictará y publicará previamente la oportuna norma y la forma de pago.”

En cuanto a la requisita, se puede advertir cómo el artículo 4.º del mismo Decreto-ley se impone diciendo: “Las personas individuales o jurídicas indicadas en el artículo 1.º quedan igualmente obligadas, a partir de la publicación del presente Decreto-ley, a poner a disposición del Estado, para los fines que éste conceptúe convenientes y previa, en su caso, la oportuna indemnización, los títulos de la deuda de naciones extranjeras y todos los valores mobiliarios extranjeros o españoles de cotización internacional que les pertenezcan, cualquiera que sea el lugar en que tales efectos radiquen.”

Todas estas medidas respecto de la moneda, divisas y valores muestran cómo se trataba de controles en beneficio de la comunidad nacional y cómo ha imperado un sistema de compensación y no de despojo. Únicamente se sometía a una disciplina la serie de relaciones que implicasen movimientos de divisas mediante la obtención de una autorización. Ello viene a influir en la contratación monetaria modificándola en dos direcciones: en cuanto al cumplimiento pactado libremente en moneda específica y en cuanto al cumplimiento de obligaciones conforme al régimen de control de cambios. Veamos cuáles son las consecuencias en uno y otro.

5. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LIBREMENTE PACTADAS EN MONEDA ESPECÍFICA

Respecto a las obligaciones y contratos que se han contraído libremente en moneda específica, deben considerarse las dos situaciones en que se llevaron a cabo: a) cuando se han realizado antes de la implantación del régimen de control; b) cuando se han contraído prescindiendo de la reglamentación de control de cambios.

La primera cuestión, que afecta a las obligaciones y contratos celebrados con anterioridad al establecimiento del régimen de control, se resuelve conforme a los preceptos generales del Derecho común. Conforme al artículo 1.255 del Código civil español (similar al de otras codificaciones europeas), los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. De aquí que las obligaciones pactadas en moneda específica o determinada (dólares, francos, marcos, etc.) (69) serán válidas y eficaces, viniendo obligadas las partes al cumplimiento exacto de dichas obligaciones; al concretarse la moneda de pago lo que se pretende es una deuda de cantidad de dinero de una especie determinada, por lo que, como decía el brocardo recogido por SCACCIÀ (70), “*debitor debet solvere in moneta praecisa in qua est obligatus*”.

Es importante hacer notar, con NUSSBAUM (71), que la deuda

(69) Cfr. PINEDO, *Obligaciones en moneda determinada*. Buenos Aires, 1942.

(70) SCACCIÀ, *De commerciis*, 2, glosa 5, n. 102, cit. por ASCARELLI, *I de-*

de moneda específica adquiere un doble carácter, pues implica la combinación de una deuda de cantidad con una obligación de prestación de la cosa (la necesidad de procurar los signos monetarios concretamente fijados). No obstante, el pacto por el que se incorpora al contenido de la prestación un signo monetario concreto no determina que se desnaturalice la deuda como una deuda pecuniaria; sigue siendo una deuda de cantidad, aunque la cantidad aparezca referida a un signo monetario específico. Lo importante, pues, de la deuda de moneda específica es que se compone de una deuda de cantidad de dinero, porque si bien es esencial la entrega de un signo monetario determinado, éste funciona y actúa siempre con el contenido y función propia del dinero. Ello es importante a la hora de determinar las consecuencias que se producen cuando una moneda específica no puede ser obtenida o entregada.

La deuda de moneda específica se norma por nuestro Código civil en el párrafo primero del artículo 1.170, al manifestar: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada..." Por lo tanto, queda clara su admisión legal y la licitud de su establecimiento (72). Ahora bien, ¿qué consecuencias se producen cuando ha sido pactada una obligación de moneda específica en régimen de autonomía de libertad y debe cumplirse bajo el régimen de control de cambios? A tenor del propio artículo 1.170 del Código civil, en primer lugar, deberá entregarse la especie pactada, y al no ser posible entregar la especie monetaria elegida deberá entregarse la moneda de curso legal. Sin embargo, en los préstamos de dinero el artículo 312 del Código de Comercio toma en cuenta la diferencia de valor que puede existir entre una y otra moneda; en él se dispone que "si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o beneficio del prestador". O sea, que el deudor cumple pagando con moneda de curso legal o forzoso, si bien se toma en cuenta el aumento o depreciación de su valor en el caso de que una especie determinada estuviese pactada. De este modo, la convención de una deuda en moneda extranjera resulta, en último término, un medio de expresión o cálculo del valor debido, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie (la de curso legal) mediante la conversión

biti di moneta estera, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I (1923), 445. También LOMONACO, *Dei valori permutabile e monetario per diritto romano, e dei patti contro il corso forzoso della carta moneta*. Napoli, 1869, pág. 36; GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*. Milano, 1960.

(71) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina, de SCHOO, Buenos Aires, 1954, pág. 142.

(72) El Tribunal Supremo confirma esta norma. La sentencia de 29 octubre 1895 dice que el derecho concedido al comprador, de hacerse el pago en diversas clases de moneda, constituye un pacto lícito. La sentencia de 3 julio 1939 afirma que el pacto de pagar en moneda extranjera no es ilícito. También la sentencia de 3 julio 1943 confirmó que la admisión de la cláusula de moneda extranjera es válida, lícita y concorde con los artículos 1.255, 1.258 y 1.170 del Código civil.

adecuada. Los mismos argumentos adujo la sentencia de 10 de marzo de 1925 de nuestro Tribunal Supremo. Posteriormente, nuestro más alto tribunal (73) considera que convenida una cláusula de pago en moneda extranjera, y al no poder entregarse aquella determinada, se admitiese una cláusula valor moneda extranjera; se pasa así de una obligación en que la moneda extranjera está *in obligatione* (la llamada "cláusula de moneda extranjera") a otra en donde dicha moneda extranjera sirve de módulo de cálculo de valor, cuyo pago se efectúa en moneda de curso legal (la llamada cláusula de valor moneda extranjera"). Es que, como advierte el profesor GARRIGUES (74), la deuda de especie monetaria impuesta en francos, dólares, libras, etcétera) se transforma en deuda de suma de dinero y entonces se pagará en billetes del Banco de España. Ello es debido a que en la deuda pecuniaria el riesgo pasa íntegro sobre el deudor por tratarse de una deuda indestructible. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de abril de 1943, dice que "la deuda pecuniaria no se refiere a monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio "*genus nunquam perit*", implícito a contrario sensu en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, número 1, del Código civil".

A pesar de haberse modificado el sistema monetario español y el contenido a que responde el artículo 1.170 de nuestro Código civil, según advierte el profesor CASTÁN (75), no ha aparecido ninguna ley o reglamento que altere sus principios fundamentales. La Ley de 9 de noviembre de 1939 tan sólo se refirió a la moneda de curso forzoso, estableciéndose que los billetes del Banco de España han de ser forzosamente admitidos como medios legales de pago con pleno poder liberatorio. La legislación de control de cambios tampoco alteró lo anteriormente prescrito, pues si bien impuso ciertos límites y condiciones a la moneda extranjera, no prohibió su tráfico y contratación. Por lo tanto, no puede deducirse la ilicitud e invalidez de las obligaciones en moneda extranjera, como pretende cierto sector doctrinal español. Así, para BELTRÁN DE HEREDIA (76) resultan de imposible aceptación actualmente en España las obligaciones en moneda extranjera, en virtud de la prohibición legislativa vigente, sin permiso del "Instituto Español de Moneda Extranjera"; igualmente, para GARRIGUES (77) "estamos operando aquí con una hipótesis fuera de uso, ya que convertido hoy el billete de banco en nuestra patria y en otros países en dinero estatal de curso forzoso, la hipótesis de la deuda de especie mo-

(73) SS. 3 julio 1936 y 3 julio 1943.

(74) GARRIGUES, *Contratos bancarios*. Madrid, 1958, pág. 76.

(75) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.ª ed., III (Madrid, 1954) 269.

(76) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 246.

(77) GARRIGUES, *El dinero como objeto de la actividad bancaria*, en *Revista de Derecho mercantil*, 67 (1958) 28 n. 39.

netaria, que se refiere precisamente a la moneda metálica, es una hipótesis puramente académica". Por último, PUIG BRUTAU (78) afirma que esta modalidad es radicalmente ineficaz y nula en España.

A nuestro juicio, estos autores están en un completo error, pues ni se trata de una hipótesis académica, ya que todos los días el supuesto de obligaciones en moneda específica se da en la contratación nacional e internacional, ni es radicalmente ineficaz o nula, pues la legislación por ellos invocada (de un modo general, sin concretar en qué artículo sea) no lo sanciona. Es más, parece afirmarse lo contrario (si del contexto general pretenden deducirlo) en todas las normas de control de cambios, al ser totalmente válidos los acuerdos estipulados, pues concedida la autorización nada obsta a su validez y cumplimiento. Es que estos autores no han visto bien que desde el punto de vista del Derecho privado, y en las legislaciones de tipo francés, como la española, la obtención de una licencia o autorización, según advierte ROBLOT (79), afecta tan sólo a la *ejecución del contrato*, pero no a su *conclusión*. Por otra parte, ya hemos demostrado para el régimen español (80) cómo no puede darse la nulidad del contrato establecido en contravención de las normas reglamentarias del control de cambios, pues sólo se alcanza una sanción penal. El propio Tribunal Supremo también lo advirtió muy bien cuando, en la sentencia de 4 de enero de 1951, manifestaba que "no puede apreciarse infracción de la Ley de 20 de enero de 1939 en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, conforme a los cuales el pago del precio aplazado en la compraventa con cláusula oro o plata debe hacerse en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso, pero con equivalencia al valor del oro o plata, de la relación indicada, sino que, por el contrario, se acomoda al cumplimiento de lo convenido lo preceptuado en dichas leyes". Y no puede alegarse que aquí se trata de una cláusula oro y no de moneda extranjera, pues ambas son cláusulas de estabilización con el mismo signo de defensa del valor que, por lo demás, el mismo Tribunal Supremo reconoce en otras ocasiones, afirmando que no siendo posible pagar con la moneda específica resulta como medio de expresión o cálculo de valor, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie" (81); o que "resulta un criterio para la conversión a pesetas" (82); y que "lo pactado en dólares debe ser satisfecho de acuerdo con la cotización vigente" (83), o, ya que "si se entrega moneda extranjera con el deber de devolverla,

(78) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959) 338.

(79) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 29.

(80) BONNET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, *cit. passim*.

(81) S. 1 marzo 1925.

(82) S. 6 julio 1957.

(83) S. 3 octubre 1957.

ha de regir en primer lugar, de no ser ello posible, según la cotización que rija al momento del pago" (84).

6. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES AFECTADAS POR EL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS

La influencia que puede ejercer el régimen de control de cambios en cuanto a la liberación del deudor plantea las cuestiones siguientes: a) Saber cuál es la situación del deudor que ejecutó su obligación conforme a las modalidades impuestas por la reglamentación de control, en el caso de que difiera de las estipulaciones impuestas en el contrato; b) Saber si el deudor se considerara liberado al ejecutar su prestación en las condiciones convenidas en el contrato, sin atender ni observar las normas del control de cambios.

a) Respecto a la situación del deudor que ejecutó su obligación conforme a las modalidades impuestas por la reglamentación de control, pero diferenciando de las condiciones estipuladas en el contrato, los efectos son diversos según el tipo de legislación a que esté sujeto.

En las legislaciones de tipo francés (belga, alemana, italiana), como la española, el deudor que cumple con las prescripciones legales queda liberado, en principio, desde que ejecuta las prestaciones que se le imponen imperativamente por el régimen de control. ROBLOT (85) señala para el Derecho francés como, incluso, según el artículo 60 del Decreto de 15 de julio de 1947, "una obligación nacida con anterioridad a la fecha del presente Decreto... un residente queda obligado hacia otro... con una obligación en moneda extranjera que no sea el franco, liberándose válidamente, mediante autorización del Ministerio de Hacienda, al realizar a su acreedor en Francia con el equivalente de su deuda en francos... sobre la base del curso fijado en la fecha del cumplimiento". Dentro de esta misma línea están ciertas disposiciones dictadas por el régimen jurídico-económico español en su legislación común y especial. A este respecto, el artículo 1.170 del Código civil no fué derogado por ninguna de las disposiciones de la reglamentación del control de cambios; por tanto, el deudor que ejecutó su obligación no conforme a la moneda pactada, sino mediante la de curso legal, queda liberado.

En las legislaciones del tipo de la suiza se distingue, según afirma ROBLOT (86), entre las obligaciones de Derecho público (relaciones de las partes y de los organismos de control) y las obligaciones de Derecho privado (relaciones entre las partes solamente). Entonces el pago realizado por el deudor a través del Banco nacional, c de uno adjunto, extingue su obligación de Derecho público, pero no le libera en el plano civil respecto de su acreedor; por tanto, el

(84) S. 9 noviembre 1957.

(85) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 40.

(86) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 40.

deudor asume el riesgo de la pérdida del cambio en el caso de variación.

En cuanto al deudor extranjero, que por la ley del contrato o por la ley de ejecución se halle sometido al régimen de control, deberá, en primer lugar, tratar de cumplir su obligación específica mediante la petición de una autorización a fin de realizar concretamente su compromiso; sin embargo, denegada la autorización, o al no contar con divisas, no queda exonerado de su cumplimiento, alcanzándose la conversión de su deuda, según veremos más adelante, en moneda de curso legal (87). En la doctrina belga, VAN HECKE (88) advierte que cuando las partes realizan un pago conforme a los preceptos establecidos por el legislador de divisas, tanto sean nacionales como extranjeros, son válidos y eficaces por amoldarse a todas las prescripciones legales, así como a todos sus términos y extensión.

b) La segunda cuestión es saber si el deudor se considerará liberado al ejecutar su prestación en las condiciones convenidas en el contrato sin atender y observar las normas establecidas por el control de cambios. Entonces se advierten dos casos típicos: el del deudor (residente o no) que gira a su acreedor una suma de divisas extranjeras (monedas o billetes) conforme a la estipulación convenida, a pesar de que con arreglo a la legislación aplicable al pago impone una autorización o una conversión en moneda nacional; el del deudor que realiza el pago mediante una compensación privada.

Tanto en el primero como en el segundo caso, las legislaciones del tipo de la suiza, advierte ROBLLOT (89), permanecen fieles, una vez más, a la distinción anteriormente descrita, o sea, que el deudor se libera respecto a sus relaciones de Derecho privado, pero no con arreglo a las de Derecho público; por tanto, debe efectuar una segunda entrega al Banco nacional suizo, sin perjuicio de las sanciones penales que se le impongan.

En las legislaciones de tipo francés (90), como la belga (91), la alemana (92), la italiana (93) y la española, el criterio general es que todo pago realizado por métodos o medios prohibidos, las autoridades monetarias pueden oponerse y exigir un pago oficial y legal, en caso de ser advertido. Se da, pues, una *repetitio*, careciéndose de *solutio retentio*, al producirse la retractabilidad del pago, puesto que se efec-

(87) Véase más adelante epígrafe 12.

(88) VAN HECKE, *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales*, en *Annales de Droit et de Sciences Politiques*, XIV-4 (1954) 56.

(89) ROBLLOT, *op. cit.*, pág. 41.

(90) Cfr. BEQUIGNON, *La dette de monnaie étranger*. París, 1925, pág. 34; DEMOGUE, en *Revue trimestrielle de droit civil* (1926), 186.

(91) Cfr. VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 56 ss. y en *Revue de la Banque*, 12 (1955) 865.

(92) Cfr. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen, 1925, pág. 147.

(93) Cfr. ASCARELLI, *Pagamento in moneta estera e repetizione di indebito*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, II (1932) 1 ss.

tuó contra una prohibición legal, no pudiendo el acreedor reclamar a su acreedor aquello que ha pagado no liberatoriamente, puesto que según el brocardo "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (94).

En España, conforme a lo dispuesto en la Ley Penal y Procesal de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, en su artículo 1.º, apartado 5.º, se dispone: que al "no ceder al Comité de Moneda Extranjera, dentro de los ocho días siguientes a su adquisición, las divisas procedentes de exportaciones, ventas mobiliarias e inmobiliarias, remuneraciones de servicios y obras y, en general, las que deriven de cualquier acto a título oneroso o lucrativo", se reputará delito de contrabando monetario. Además, se dispone que las cantidades y efectos decomisados y las multas impuestas por virtud de esa Ley, se ingresarán en el Tesoro público. La necesidad del permiso o autorización para las importaciones y exportaciones conduce a que todo pago realizado sin la formalización de estos requisitos contravenga dichas normas y que carezca de efecto liberatorio legítimo.

7. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTROL

Implantado el régimen de control de cambios, los deudores que carecían de autorización para obtener o manejar divisas, lo cual les impedía el cumplimiento de sus obligaciones monetarias específicas, alegaban, como excepción fundamental que les exonera, la imposibilidad de realizar el pago. Pronto los tribunales extranjeros se encargaron de demostrar que la mayor parte de las veces la aludida imposibilidad de pago no era más que una disculpa de los deudores para eximirse de este modo del cumplimiento de sus obligaciones. Convencidos de tal criterio, y basados en el principio de indestructibilidad de las obligaciones pecuniarias, nos proponemos profundizar un poco más y hacer un análisis más detallado de la cuestión.

La tesis de la imposibilidad de pago o realización de la prestación es la reacción que oponen los malos deudores al no querer justificar sus pretensiones o someterse a las normas que disciplinan el control. Sin embargo, para PATTERSON (95) la doctrina de que la imposibilidad de la ejecución proporciona una excusa es, casi en su totalidad, una creación de los jueces del siglo XIX, pues el proceso de formación se halla todavía en germen. Y según WILLISTON (96), la defensa de la imposibilidad del cumplimiento es moderna y se encuentra en evolución.

A nuestro juicio, ya la jurisprudencia romana aportó las soluciones certeras de la imposibilidad del cumplimiento y a su tradición y direc-

(94) En contra del efecto liberatorio, cfr. LISON, en *Revue de la Banque* (1944), 56; VAN HOUTTE, en *Repertoire Pratique du Droit belge*, XI, 194. El Tribunal italiano de Génese, en sentencia de 30 julio 1953, vuelve a admitir la repetición, cfr. en *Giurisprudenza italiana* (1954), 1.2.1929.

(95) PATTERSON, en *Mélanges François Geny*, II (1935) 395.

(96) WILLISTON, *On Contracts*, III, § 1931, cit. por SCHOO, *op. cit.*, pág. 872.

trices hemos de atenernos. Para los jurisconsultos de Roma toda obligación imposible es nula: "*impossibile nulla obligatio est*" (97). Ahora bien, hay que saber lo que por imposibilidad se entiende. Tal imposibilidad puede ser física y jurídica; la primera procede de las leyes naturales absolutas; la segunda, cuando el obstáculo nace de la ley o de un principio jurídico. Sin embargo, como hacen ver los romanistas modernos (98), para alegar dicha imposibilidad se ha de referir a una objetiva y absoluta, la cual no se da cuando se trate de prestaciones imposibles para un deudor, pero no para otros, por lo que han de tomarse en consideración las dificultades del incumplimiento (99).

Pudiera alegarse que la imposibilidad del deudor de obligaciones de moneda específica nace de la ley de control de cambios, siendo de este modo objetiva y absoluta. Como hemos de ver más adelante, esta es la tesis que mantuvo SCALFATI, y es totalmente errónea porque desconoce el principio de convertibilidad de las prestaciones pecuniarias, universalmente recogido por todos los Códigos civiles del mundo y porque es esencial a las mismas (100). Así, en nuestro derecho positivo no se pueden aplicar las normas establecidas para las obligaciones inevitables o imprevisibles o en las que se destruyere o perdiera la cosa objeto de la prestación (arts. 1.105 y 1.182 del Código civil), ya que existe una norma concreta, como es el artículo 1.170 del Código civil que las exceptiona, al decir, "no siendo posible entregar la especie, en la moneda... que tenga curso legal en España". El precepto tiene una solución similar para las codificaciones de tipo latino (101).

Es que el carácter ultrafungible del dinero hace que se tome en consideración su no periclitamiento o indestructibilidad, pues como dice NUSSBAUM (102), responde a una necesidad jurídica y económica, y halla su complemento en las normas de ejecución forzosa, que someten la íntegra existencia del deudor a la satisfacción del acreedor de dinero. De aquí que cualquier riesgo que se produzca pese íntegramente sobre el deudor. Tal es el criterio de nuestro Tribunal Supremo al confirmar estos extremos en la sentencia de 27 de abril de 1943 diciendo que "la deuda pecuniaria no se refiere a deudas de monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobre-

(97) Dig. 50, 17, 185.

(98) Cfr. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung*, en *Aus römischem und bürgerlichen Recht*, pág. 193 y *Origine de la règle "impossibile nulla obligatio"*, en *Mélanges Gérardin* (Paris, 1907), 473; LONGO, *Casi di impossibilità della prestazione nel diritto giustiniano*, en *Annali della R. Università di Macerata*, 11 (1934) 213.

(99) Dig. 45, 1, 137.

(100) Cfr. ASCARELLI, *Rattifica in tema di perimento di moneta*, en *Foro Italiano*, IV (1953) 64. Ahora en su obra: *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1277-1284), en *Commentario al Codice civile* a cargo de Scialoja y Branca. Bologna-Roma, 1959, pág. 343, cita a SCACCIA, § 2, glosa 3, n. 115, el cual decía que es una "*generalis consuetudo totius mundi*".

(101) Art. 1.277 del novísimo Código civil italiano; artículo 1.895 del Código civil francés.

(102) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de Sancho Seral. Madrid, 1929, pág. 130.

venida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio *genus nunquam perit*, implícito *a contrario sensu* en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, núm. 1, del Código civil" (102 bis).

En materia de obligaciones dinerarias hay que tener muy en cuenta el principio universal de que el deudor debe responder de su solvencia en el lugar y tiempo de pago, no pudiendo acogerse a una imposibilidad de hecho que le impide procurarse las normas necesarias de la manera que él se había propuesto (103). De aquí que casi todos los tribunales en estos últimos treinta años hayan rechazado la imposibilidad de pago de las deudas pecuniarias como una disculpa de mal pagador (104); ello es debido a que la imposibilidad de pago no se encuentra justificada. Según advierte SCHOO (105), no hay que olvidar que en esta materia, por cuanto no hemos salido del cuadro de las obligaciones de dar sumas de dinero, ninguna legislación admite la excepción de imposibilidad de cumplimiento, ya que no nos encontramos ante una deuda de cosa cierta que perece por circunstancias fortuitas, sino ante una obligación de género y el género no perece.

Dentro del sistema del "Common Law", advierte NUSSBAUM (106), lo interesante y digno de destacar es que tanto los tribunales ingleses como los americanos aplicaron doctrinas enteramente distintas para juzgar hechos idénticos, intentando llegar al mismo fin, que era, sin duda, lo deseable: el tribunal norteamericano al puntualizar que la imposibilidad no constituye una defensa válida para no pagar obligaciones de suma; el tribunal inglés, al circunscribir la regla a los casos en que la prohibición se origina en la ley del lugar del cumplimiento (107).

La excusa de la imposibilidad de cumplimiento, pues, no es suficiente para dejar incumplido el contrato, si bien la excepción de fuerza mayor es oponible en Derecho internacional, a juicio de ANZILOTTI (108), quien entiende como una inculpable imposibilidad de la pres-

(102 bis) Cfr. PÉREZ SERRANO, *La imposibilidad de la prestación especialmente en la vida mercantil*, en *Cuestiones actuales de Derecho mercantil, montario y tributario* (Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona). Barcelona, 1944, páginas 31 y 44.

(103) Cfr. PROUDHOMME, *De la règle "le lieu de paiement détermine la nature de la monnaie"*, en *Journal de Droit international*, 52 (1925) 865; LIPPERT, *Code du droit international financier*. Bern, 1935, pág. 589.

(104) Cfr. DUVAL, *La monnaie à employer dans les paiements*. París, 1923; JEZE, *Les paiements internationaux*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 14 (1926) 165; JAUDEL, *Les paiements internationaux*. París, 1930; SEIGNOL, *L'option de change de place*. París, 1935.

(105) SCHOO, *op. cit.*, pág. 861. Ya GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht*. Berlín, 1871 pág. 150.

(106) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional, cit.*, pág. 640. También GOTTSCHAK, *Impossibility of performance in contract*. London, 1938.

(107) Cfr. LEVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, en *Annales de Droit commercial* (1921) 279 y (1922) 41; DELCOURT, *Les procédés modernes de contrôle du change et leur application dans les pays anglosaxons*. París, 1936; TEDESCHI, *L'impossibilità della prestazione nel diritto inglese*. Roma, 1946.

(108) ANZILOTTI, *Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazio-*

ración, sobrevenida después de la estipulación del contrato. Sin embargo, el retardo injustificado en el cumplimiento de una obligación es ciertamente un hecho ilícito que implica resarcir el daño; al tratarse de una deuda de dinero líquida y exigible, al igual que en el resto de las legislaciones civiles extranjeras, el daño se concreta a los intereses sobre la suma misma, desde que se cae en mora (109).

También el cumplimiento retrasado de las obligaciones monetarias tiene una trascendencia concreta, debido a las altas y bajas en sus cotizaciones. SAUVAGE (110) y ASCARELLI (111) imputan tal responsabilidad sobre quienes morosamente no cumplen sus obligaciones. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 30 de octubre de 1957, se pronunció a este respecto en el caso de un flete pactado en dólares, diciendo que "el retraso habido en la entrega de la mercancía no es imputable al transportador, sino al destinatario, por lo que debe pechar con las consecuencias de su morosidad".

8. LA LLAMADA IMPOSIBILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE DIVISAS: PARTICULAR EXAMEN DE LA FUERZA MAYOR

La imposibilidad de obtener divisas se ha invocado por los deudores tanto en los sistemas rígidos, en los que no es posible una concesión de licencias y autorizaciones por las autoridades estatales, como en los flexibles, donde, si es posible, puede ser denegada la autorización para obtenerlas. Ante tal situación, no ha faltado quien diga que se da aquí una "imposibilidad total" o "absoluta" de cumplimiento de la prestación (112). Entonces cabe la pregunta: ¿en el caso de que el deudor no tenga la posibilidad de conseguir una autorización de las divisas correspondientes para atender a sus obligaciones, podrá alegar la fuerza mayor como una causa de exoneración de las mismas?

Advierte VAN HECKE (113) que la cuestión depende de la severidad con que los diferentes sistemas jurídicos traten el vínculo contractual. Así, en un sistema que tenga una concepción menos estricta de la obligación contractual y que admita con largueza la fuerza mayor, el deudor podrá pretender su liberación en virtud de un *factum principis*. Por el contrario, en aquellos sistemas en que existe una concep-

nalì avanti per oggetto una somma di danaro, en *Rivista di Diritto Internazionale*, VII (1913) 54.

(109) También BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme valutaria straniera*, en *Giurisprudenza Italiana*, I (1938) 865.

(110) SAUVAGE, *La responsabilité des hausses ou baisses des cours en cas de retard à la livraison*, en *Revue de droit maritime comparé*, 15 (1927) 1.

(111) ASCARELLI, *In tema di risarcimento dei danni di mora nei debiti pecuniari*, en *Foro Italiano*, I (1951) 163.

(112) Cfr. SCARZATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, XXI (1942) 44. Por el contrario, ASCARELLI, *Controllo sulle divise*, cit., pág. 217, cree que se trata de una mera imposibilidad transitoria.

(113) VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 58; GOLDMAN, *Le droit international privé et le contrôle des changes*, pág. 46.

ción rígida de la obligación contractual, se considera que el deudor que contrató a sabiendas de una tal legislación de divisas, lo hace con conocimiento de causa y la imposibilidad de obtener la autorización es un riesgo que asumió voluntariamente. Mientras la doctrina civilista japonesa aplica los principios del Derecho común concernientes a la fuerza mayor (art. 534 C. c.) (114), la jurisprudencia inglesa (115) y la belga (116) afirman que el deudor no podrá escapar de su responsabilidad y oponer la falta de autorización (116 bis).

Un sector de la doctrina francesa (117) también afirma que, según los principios generales del Derecho positivo, el deudor se libera por imposibilidad de la ejecución, si reúne los siguientes requisitos: a) que no pueda imputarse a un hecho personal; b) que la reglamentación de cambios oponga un obstáculo insuperable a la ejecución de la prestación prometida, sin que baste la simple dificultad de ejecución, que no exonera; c) que la imposibilidad de ejecución deba ser imprevisible. La jurisprudencia todavía precisó más y manifestó que en el caso de que la oficina de cambios rehuse, conforme a su poder discrecional, la autorización de una operación para un contrato, a pesar de la falta de previsibilidad, la fuerza mayor se excluye (118). Se rechaza, igualmente, el argumento de fuerza mayor por las sentencias de 11 de junio de 1929 (119) y de 30 de junio de 1933 (120), por las que el Tribunal de París adopta una posición clara y determinante, a propósito de las disposiciones de control de cambios dictadas por el Gobierno ruso. También en la sentencia de 24 de junio de 1938 (121), en la que demandada la sociedad "Siemens-Halske, A. G.", para el cobro de unos cupones de su emisión 6 1/2 por 100 1927, se alegaba por esta empresa que en virtud de la legislación alemana sobre divisas se encontraba en la imposibilidad legal de pagar; pero el tribunal del Sena se remitió a

(114) Cfr. KATO, OGAWA y YAMAWA, *Droit privé*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 280.

(115) Cfr. "Partabhiull Rameshwar v. K. C. Soflvia Ltd." (1951) 2 All E. R. 352; "Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. W. N. Lindsay Ltd." (1953) 2 All E. R. 1064.

(116) Cfr. *Bruxelles*, 14 julio 1951, en *Jur. Port Anvers* (1951) 248. Concretamente, PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international privé. Effects et qualification d'une contrôle des devises*, en *Par ces Motifs*, 9 (1935).

(116 bis) En este sentido se pronuncia en Suecia el magnífico estudio de HJERNER, *Främmande Valutalag och internationell Privaträtt*. Stockholm, 1957, divulgado en un sumario traducido al inglés.

(117) Cfr. ROBLOT, *op. cit.*, pág. 43 y LÉVY, *L'expérience Mayer et la monnaie dans les conventions*, en *Journal civil du Palais*, I (1948) 714; RAVINOVITCH, *Nouveau régime des paiements dans la zone franc et ses répercussions sur l'exécution des contrats*, en *Journal des Notaires* (1955) 177.

(118) Cass. Req., 4 enero 1927, S. 1927, 1.188.

(119) Cfr. Chr., 1929. 1.372. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, VI-1 (París, 1936) 241.

(120) Cfr. en *Clunet*, 60 (1933) 963. También DEMOGUE, en *Revue trimestrielle de droit civil* (1927) 454, 474; (1925) 370.

(121) Cfr. en *Revue de Science et de Législation Financière*, XXXVI (1938) 425.

los prospectos de emisión que contenían una promesa de pago sin reservas. Se decía que "Siemens-Halske, A. G., y Siemens-Schuckertwerke, G. m. b. H.", constituyen, en conjunto, uno de los más importantes trusts del mundo en el terreno de la electricidad... El total de sus ventas en el curso del ejercicio de 1925 sobrepasó los 135.000.000 de RM. Dado que un tercio de la producción se exporta, puede, en todo tiempo, contar con una gran disponibilidad de instrumentos de pago extranjeros. Además, el tribunal consideró que "en este documento, que debe ser tenido como contrato por las partes, no se prevé que las sumas necesarias para los pagos provengan de Alemania, sino que, al contrario, las deudoras se obligan a pagar por medio de haberes que poseen en otros países, en razón de contratos ajenos a Alemania, así que cualquiera que sea el punto de vista en que uno se coloque, la imposibilidad de pago no se encuentra justificada" (121 bis).

Con ponderado y recto criterio, el Tribunal Supremo austríaco, en sentencia de 10 de diciembre de 1935, también manifestó que la imposibilidad alegada por el deudor no se trataba de una imposibilidad inicial de cumplimiento; se trata más bien de una imposibilidad puramente subjetiva (el invocar la ley restrictiva nacional); circunstancia, agrega, que no engendra la extinción de la obligación, sino que compromete la responsabilidad personal de los demandados (122).

El mismo criterio fué mantenido por el Tribunal de Instancia de Zurich, en sentencia de 23 de abril de 1937 (123), respecto a un conflicto entre un vendedor holandés y un comprador italiano. Sostuvo que el Derecho holandés, al igual que el suizo, no reconoce la excepción de fuerza mayor en materia de deudas de dinero y, aun cuando la reconociera, no podría ser invocada como consecuencia de una legislación extranjera sobre divisas, pues ésta no es imprevisible, ni un hecho, ya que la sola existencia de una disposición legislativa extranjera nada dice sobre la posibilidad real para el deudor sometido a esta ley, de cumplir su obligación.

El Tribunal de Casación italiano, en sentencia de 30 de julio de 1957 (124), también decide que "no constituye caso de fuerza mayor, válido para exonerar al deudor, la obligación de pagar la suma adeudada al vencimiento de la obligación, el hecho de que resida en un país donde rige la prohibición de efectuar pagos al exterior" (124 bis).

(121 bis) DREYFU'S, *Etude de la jurisprudence allemande relative à diverses questions nées de la guerre (interdiction de paiement)*, en *Clunet* (1916) 806.

(122) Cfr. MORCOS, *Causes legales d'exonération de la responsabilité civile* París, 1934. Una opinión incierta, en WAHLE, *Die Wirksamkeit, ausländischer Devisensperre nach österreichische Recht*, en *Zeitschrift für ausländische und internationale Privatrecht* (1935) 779.

(123) Cfr. en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, XXXVIII 88.

(124) Cfr. en *Rivista del Diritto commerciale*, I (1938) 117. También CORTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.

(124 bis) En el mismo sentido, Cass. 2 julio 1953 y 31 mayo 1958. Cfr. MONTIEL, *Legislazione straniera sulle divise ed impossibilità della prestazione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario*, II (1938) 100, ahora en *Questioni interna di*

Los tribunales de los Estados Unidos han resuelto numerosos litigios concernientes a empréstitos de sociedades alemanas emitidos y pagaderos en la Unión (125), donde se decidía únicamente que en virtud de esa circunstancia y conforme a los principios de Derecho internacional privado, únicamente las leyes americanas son aplicables a los casos presentados, y los prestatarios alemanes han sido condenados al pago en moneda americana.

La tesis de las sociedades deudoras, que invocan la fuerza mayor por imposibilidad de obtener transferencias de las sumas necesarias para realizar el servicio financiero de sus obligaciones, fué rechazada en virtud de que una legislación nacional de divisas no puede tener ningún efecto sobre un empréstito sometido, como en estos casos, a la ley de los Estados Unidos. La imposibilidad de pago alegada se rechazó por el Tribunal Federal del Distrito insistiendo que tal doctrina era inaplicable al caso, toda vez que las partes no habían precisado en la convención que las sumas necesarias para hacer frente a los pagos debían provenir de Alemania (126).

En nuestro ámbito, con arreglo a los principios del Derecho común vigente (arts. 1.091, 1.105 y 1.258 del Código civil) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fuerza mayor se aprecia jurídicamente en casación (127). A propósito del pago de obligaciones monetarias, la sentencia de 16 de mayo de 1941, confirmada por la de 24 de septiembre de 1953, expone la siguiente doctrina: "Que la fuerza mayor en función extintiva o suspensiva de las obligaciones actúa sólo en los que por ella resulten concretamente afectadas, sin que en general trasciendan sus efectos a las genéricas no delimitadas, por el principio *genus nunquam perit*; por lo que, cuando se produzca la resolución del contrato de opción a compra por causa no imputable a los contratantes, el promitente no puede eximirse de la obligación de restituir la prima convenida y entregada; como tampoco tendría derecho a exigirla si hubiera sido aplazada su entrega hasta el momento del desistimiento y éste obedeciere a que el promitente, en tal momento, no podía entregar la cosa en el ser y estado que tenía al pactarse la opción." Y, más concretamente, la sentencia de 4 de julio de 1944 manifestaba que "al amparo de este artículo [1.105 del Código civil] no puede frustrarse (cuando se pueda evitar), el pacto de posible cumplimiento, de que para el caso de no poderse realizar el pago aplazado en la moneda conve-

moneta e titoli di credito. Napoli, 1960, pág. 16. Y que no es necesario recurrir aquí a considerar el supuesto de fuerza mayor, cfr. VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 141.

(125) La decisión más importante producida a este respecto es la del "Central Hannover Bank & Trust Co. v. Siemens & Halske and Siemens-Schuckertwerke G. m. b. H.", del 15 de abril de 1936, del Tribunal del Distrito de Nueva York, cfr. *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 35 (1936) 36.

(126) Cfr. en *Chunet*, 79 (1952) 711. También CABOT, *Exchange Control and conflict of Laws: an Unsolved Puzzle*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 99 (1951) 476, donde se confirma que no es posible alegar la imposibilidad de ejecución ante los Tribunales americanos.

(127) SS. 2 junio 1899 y 10 noviembre 1924.

nida (oro o plata), por haberse impuesto otro instrumento monetario, se abone la depreciación". Por último, la sentencia de 3 de julio de 1936 no estimó la imposibilidad de pagar en marcos, a pesar de las normas de control de cambios del Decreto de 29 de mayo de 1931 (127 bis).

La doctrina española refleja la misma opinión. Según PUIG PEÑA (127 a), "un tal supuesto de imposibilidad de la prestación no produce efectos plenos liberatorios dada la sustancia genérica de la obligación monetaria al quedar sustituido por el equivalente en aras de la economía pública y de los derechos del acreedor". Para BELTRÁN DE HEREDIA (127 b), "a este tipo de obligaciones no puede aplicarse el concepto estricto de imposibilidad objetiva sobrevenida de la prestación, debido al hecho de que por el carácter de cosa genérica y fungible que el dinero presenta, debe decirse que el dinero existe siempre, porque el género no perece. Solamente desde un punto de vista subjetivo se podrá decir que el deudor no pueda cumplir su obligación de prestar y proporcionar la cantidad de dinero a que se comprometió; pero esta impotencia subjetiva no puede nunca entrar como causa de liberación, porque la imposibilidad necesita, para producir efectos jurídicos, que sea absoluta y objetiva". También PUIG BRUTAU (127 c) afirma que "si la prestación de los signos monetarios de una determinada clase se hace imposible, la obligación no se extingue —como sucedería si fuese una verdadera deuda genérica—, sino que se transforma, pues el Estado siempre mantendrá en circulación signos monetarios de aceptación forzosa para satisfacer las obligaciones que consistan en proporcionar al acreedor un valor determinado". Ultimamente, el profesor HERNÁNDEZ-GIL (127 d), igualmente hace ver cómo "la imposibilidad a que se refiere el artículo 1.170 no es la meramente subjetiva; el hecho de que el deudor no tenga en su patrimonio monedas de la especie designada no le permite acudir a la moneda de curso legal, sino que ha de procurarse la moneda pactada, porque la imposibilidad la enuncia el precepto de manera objetiva y general; se precisa que no sea posible entregar la especie. Esta imposibilidad objetiva puede proceder: de la falta material de existencia en el momento del pago de monedas de la especie pactada (desaparecen de la circulación); de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación, en cuyo caso, háyase efectuado o no materialmente la retirada, la presta-

(127 bis) Entre nuestros autores, FONCELAS, *La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 8 (1933) 584, dice que no puede pensarse en la fuerza mayor o en el caso fortuito para evitar un pago en moneda cuyo valor haya cambiado, pues no puede haber imposibilidad de ejecución en las deudas de cosas genéricas que, como la moneda, no perecen.

(127 a) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, IV-1 (Madrid, 1946) 170.

(127 b) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 226. Se adhiere a su opinión SOTO NIETO, *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959) 166.

(127 c) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 327.

(127 d) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I. Madrid, 1960, p. 413.

ción de tales monedas sería ilícita; y, en fin, tratándose de moneda extranjera, de la aplicación de normas limitativas o prohibitivas sobre la circulación de divisas. Pero, ya resulte imposible o ilícita la prestación, la consecuencia que se produce no es la extinción de la obligación y la liberación del deudor, como acontecería de aplicarse las reglas de los artículos 1.105, 1.182 y 1.184, sino la subsistencia de la obligación con una modificación del medio de pago que pasa a consistir en la moneda de curso legal.”

Ha sido la doctrina italiana la que con mayor precisión y cuidado ha tratado de puntualizar los argumentos de Derecho privado aplicables al conflicto que originan las normas de control de cambios, en cuanto a la fuerza mayor y el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. A este respecto, son de gran interés los estudios de ASCARELLI (128) y SCALFATI (129), quienes, desde puntos de vista diferentes, han planteado la problemática jurídica de esta materia.

El profesor ASCARELLI (130) contempla el supuesto donde ha de hacerse un pago en el interior de un país o al extranjero y el deudor no puede pagar a su debido tiempo la suma de moneda extranjera pactada, sin posibilidad de obtenerla lícitamente, ya porque no obtuvo una concesión de divisas o el consentimiento para su adquisición de los órganos competentes, según las modalidades vigentes en el país. Y se pregunta: ¿cuál es el *quid juris*?

A juicio de este autor, en dicho supuesto se produce una imposibilidad *per factum principis*. Cuando el deudor, en virtud de la legislación a que está sujeto, no puede de ningún modo procurarse la moneda extranjera necesaria, ocurre una imposibilidad *per factum principis* en la ejecución de la prestación debida por una no comercialidad del objeto. Y ¿cuáles son las consecuencias de esta imposibilidad?, se vuelve a preguntar. Es notorio, afirma ASCARELLI, que en materia de moneda, el acreedor soportará los riesgos de las oscilaciones monetarias (art. 1.821 del Codice civile de 1865), pero en lo referente al perecimiento de la moneda es opinión tradicional (al ser la moneda un instrumento de cambio) que el deudor, si perece la especie monetaria debida, debe al acreedor el equivalente en moneda corriente del lugar y del momento del pago. Este principio tiene su fundamento legal en el artículo 1.822 del Codice civile (idéntico al artículo 1.170 del Código civil español), en base a que no siendo posible entregar la especie pactada se debe prestar su equivalente en moneda de curso legal. Este resultado es debido a la naturaleza especial o genérica de las obligaciones dinerarias que tradicionalmente se basan en el principio *genus nunquam perit*.

En el supuesto de que hayan de hacerse pagos al extranjero, ASCARELLI afirma que el acreedor deberá reconocer la posibilidad para el

(128) ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I (1956) 195.

(129) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 44 y ss.

(130) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 198.

deudor de liberarse con medios del interior, es decir, en la propia moneda nacional. En otro lugar este autor ha manifestado (131) que no puede alegarse en esta materia la fuerza mayor o el caso fortuito porque para el deudor —deudor de dinero— no existía una verdadera imposibilidad de pago, sólo porque al término del cumplimiento careciera de la moneda necesaria pactada o como resultado de la indisponibilidad de una prohibición de transferencia al extranjero. Por eso, en el caso de que haya de realizarse un pago en una determinada moneda (libras, dólares, marcos, etc.), sin que se haya prejuzgado el lugar de pago, encuentra su solución en el artículo 1.822 del Código civil italiano (artículo 1.170 del Código civil español). O sea, que en caso de imposibilidad de la prestación, el deudor debe cumplir con el equivalente en moneda nacional, según el cambio del día en que se verifica la imposibilidad (132).

El pago de la deuda de moneda extranjera en moneda nacional responde, a juicio de ASCARELLI (133), sin duda alguna, al interés del deudor de liberarse de la deuda (y de las cargas que pueden gravarle), así como al interés del acreedor (por las consecuencias de su incumplimiento). Las partes, naturalmente, pueden consentir mutuamente en prorrogar el cumplimiento de la obligación, pero no es posible negar al deudor el deber de pagar y al acreedor la exigencia de pedir la suma adeudada. De aquí que, dada la imposibilidad de pagar en la moneda pactada, y en fuerza al expediente de su naturaleza genérica, sea reconocido en vía de conversión el pago en moneda de curso legal del lugar del deudor.

ASCARELLI va más lejos y se pregunta: ¿Se puede alegar, debido a la imposibilidad del pago de la moneda pactada, ya por la desaparición o no comercialidad, la resolución del contrato sin derecho al resarcimiento de daños? Cree que no, pues dada su especial naturaleza, cabe siempre la conversión del débito en moneda nacional. El deudor que no cumple con la deuda resultante de la conversión, cree que cae en un incumplimiento y no puede invocar el perecimiento o la falta de moneda para sustraerse de su obligación a través de una resolución del contrato (134).

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, han tratado de rebatir las opiniones de ASCARELLI dos autores: SCALEATI (135) y BASSANO (136). Sus tesis tratan de demostrar cómo se da

(131) ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Foro Italiano* (1938) 855.

(132) Trib. cass. italiano, sentencia 29 marzo 1938.

(133) ASCARELLI, *Controllo sulle divise*, cit. pág. 200.

(134) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1.277-1.284), en *Commentario al Codice civile a cargo de Scialoja y Branca*. Bologna-Roma, 1959, páginas 343 y ss. En el mismo sentido NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, en *Studi nelle scienze giuridiche e sociologica de la Università de Pavia* (1931) 154.

(135) SCALEATI, *op. cit.*, pág. 48.

(136) BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme valutarie straniere*, en *Giurisprudenza Italiana*, I (1938) 865.

aquí, por falta de moneda específica, una imposibilidad objetiva para el deudor; alegan principios de Derecho internacional privado que dicen no se han tenido en cuenta para esta cuestión, pero caen en un error grave al desconocer y olvidar la naturaleza indestructible de las obligaciones dinerarias. Veamos con mayor detalle sus tesis.

A juicio de SCALFATI, el primer problema que se presenta en el terreno del Derecho internacional privado es el de saber cuáles son las leyes reguladoras de la relación y cuál es la jurisdicción competente del juez que ha de discriminarlas. Deben, pues, establecerse las dos hipótesis siguientes: A) Que la ley reguladora de la relación sea la del juez; B) Que la relación venga regulada por una ley extranjera.

En uno y otro caso, cree SCALFATI, puede ocurrir que las leyes restrictivas del control de cambios pertenezcan al mismo ordenamiento competente que disciplina la relación. Entonces resuelve que será en base a la ley reguladora de la relación cuando se valorará la alegada imposibilidad de cumplimiento del deudor. Las normas valutarias restrictivas aparecerán como simples hechos y no como normas jurídicas.

Para que pueda hablarse de imposibilidad absoluta e inculpable, como causa de extinción de la obligación y liberación del deudor, cree este autor que habrán de concurrir las condiciones objetivas y subjetivas necesarias. Para examinar si se trata de una verdadera imposibilidad por fuerza mayor, no de una imposibilidad jurídica, sino tan sólo de un impedimento de hecho, es necesario ver si la ley restrictiva tiene carácter permanente o provisional; es decir, examinar si la ley de control ha fijado o no un término más o menos amplio de su eficacia en el tiempo (137). Si el impedimento es absoluto y definitivo y no hay culpa (por ejemplo, la culpa puede consistir en no haber cumplido todas las formalidades legales que fuesen necesarias para obtener de la autoridad la moneda pedida), es necesario todavía ver, a juicio de SCALFATI (138), si el deudor no tiene otros bienes que lo ponen en condiciones de cumplir la prestación pactada, aunque esto último suponga un pago con mayor carga o sacrificio para el deudor. Ahora bien, si después de esta investigación resulta demostrada efectivamente la imposibilidad de la prestación, SCALFATI opina que el deudor quedará liberado y con la extinción de la obligación principal serán también liberadas las garantías eventuales, personales y reales, dado el carácter accesorio universalmente reconocido a estos derechos.

Como puede advertirse, la tesis de SCALFATI está en contradicción con toda la tradición jurídica y con la propia naturaleza de las obligaciones pecuniarias y olvida por completo su esencia y carácter, según se acoge en todos los Códigos civiles (139). No cabe alegar aquí

(137) En el mismo sentido también DOMKE, *La législation allemande sur les dévices en droit international privé*, en *Clunet*, 64 (1937) 231. En contra PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international*, *cit. passim*.

(138) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 49.

(139) Artículo 1.170 del Código civil español; art. 1.170 del Código civil de Cuba; art. 1.124 del Código civil de Puerto Rico; art. 1.249 del Código ci-

que se trata de un principio exclusivamente civilista y sin aplicación al Derecho internacional, antes bien es de carácter universal y rige en todo momento, y según una ley económico-jurídica conatural, al ser de las obligaciones pecuniarias (140). Es más, el error en SCALFATI está en que aplica otro principio civilista, de las obligaciones específicas, y aplica las consecuencias que se derivan de las mismas. Quizá haya pensado en que como se trata de una obligación de moneda específica deban seguirse aquellas reglas. Si ello es así, entonces conviene advertir y alegar el criterio unánime de la doctrina, según el cual esta cualificación o especificación que entraña la obligación de moneda extranjera no supone un régimen diferenciado de las obligaciones pecuniarias, ya que están incluidas entre las de "género de dinero", en base al objeto que contienen. La explicación está en que no se trata de monedas especificadas como mercancías o cosas singulares, sino por su cualificación dineraria, es decir, en cuanto a su función de medida de valor, instrumento de cambio y medio de pago, en una palabra, como dinero. De aquí que la doctrina acepte universalmente las obligaciones de moneda específica, como las de moneda extranjera, de obligaciones pecuniarias propiamente dichas, ya que lo importante de estas deudas es que son obligaciones de dinero y que, a pesar de especificar el signo o unidad monetaria aceptada, funcionan y actúan con el cometido propio del dinero. Por eso NUSSBAUM (141) concluye que dicha obligación de moneda específica sigue siendo en todo caso una deuda de dinero; la fijación del precio en moneda específica, concluye, no convierte la compraventa en permuta.

Ultimamente MONTEL se opone a esta tesis de SCALFATI y de BASSANO, concretamente (141 bis). Cree que, aunque no se sea ciudadano del Estado o se resida en el extranjero, se puede cumplir, ya que se trata de un caso de imposibilidad relativa o de mera dificultad.

Es que, como dijo el Tribunal Supremo austríaco (142), se trata de una imposibilidad más bien subjetiva (invocar la ley restrictiva nacional), puesto que esta circunstancia no puede afectar a la extinción de la obligación de dinero, siempre fungible y, por tanto, convertible en moneda nacional, y también ASCARELLI (143) concluyó que las normas restrictivas sobre valuta extranjera no implican ilicitud de la obligación de pagar una deuda de valuta extranjera, sino tan sólo el deber de exigir los pagos con transferencia de la valuta extranjera objeto de la obligación; por lo tanto, no se deriva una imposibilidad perma-

vil de Filipinas; art. 1.895 del Código civil francés; art. 1.277 del Código civil italiano; § 245 del Código civil alemán.

(140) Cfr. VELLA, *La sostanza e gli effetti della obbligazioni nel diritto internazionale privato*. Torino, 1910; SCHWANDER, *Die Geldschuldlehre*. Frankfurt, 1938; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*. Lisboa, 1956.

(141) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit. pág. 142.

(141 bis) MONTEL, *op. cit.*, 18.

(142) S. 10 diciembre 1935.

(143) ASCARELLI, *In tema di finanziamenti rimborsabili all'estero*, en *Foro Italiano*, I (1951) 726.

nente y absoluta de la prestación, considerada como implicativa de un objeto o de una *res extra commercium*, sino que la misma norma se limita a influir sobre su modalidad de ejecución.

Ha de concluirse que la alegación de imposibilidad de la prestación, en base de una fuerza mayor, no puede darse en virtud de los siguientes fundamentos: 1.º Porque se trata de prestaciones de carácter pecuniario, no percederas y no exonerables, de naturaleza genérica y fungible. 2.º Por no tratarse de una imposibilidad objetiva y absoluta (144) que afecta a la existencia o perecimiento de la prestación, sino de una imposibilidad meramente subjetiva que únicamente compromete la responsabilidad de las partes. 3.º Por la posibilidad de alcanzar y obtener otras garantías de pago. 4.º Por la existencia siempre de la conversión o posibilidad de pago en moneda del lugar del cumplimiento.

9. LA IMPOSIBILIDAD SUBJETIVA POR DENEGACIÓN DE DIVISAS: ESPECIAL EXAMEN DE LA CULPABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES Y POR ALEGACIÓN DE CAUSA FALSA

Examinada la llamada imposibilidad objetiva, es decir, aquella que procede, en cierto modo, de causas extrañas o independientes a la voluntad de los sujetos que intervienen en la celebración de una obligación pecuniaria, hay que referirse, además, a los supuestos típicos que provocan una imposibilidad subjetiva del cumplimiento o ejecución de la obligación, debidos a una voluntad culpable o dolosa por parte del deudor.

Los supuestos específicos son dos: el caso de la culpabilidad del deudor, por omisión de las formalidades requeridas por los organismos administrativos de control para obtener la autorización correspondiente, y el supuesto en que se alegue por el deudor una causa falsa con objeto de obtener aquella autorización o una cantidad de divisas. Ambos supuestos adquieren mayor relieve en un régimen de control de cambios, como el español, que pertenece al tipo flexible, en cuanto se limita a establecer un sistema de inspección, de autorización y de verificación.

La autoridad y legitimidad de los regímenes de control es reconocida por los organismos internacionales y sus prescripciones resultan de Derecho público (145). Entre nosotros, el actual "Instituto Español de Moneda Extranjera" es una entidad dotada de personalidad jurídica pública que se rige por la Ley de 25 de agosto de 1939. Según el artículo 5.º de sus Estatutos, las atribuciones y operaciones propias del Instituto son centralizar de modo exclusivo la compra y venta de divisas en España y autorizar tanto la obtención de créditos en divisas

(144) Cfr. VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 53.

(145) Cfr. SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapport sur le contrôle des changes*. Genève, 1938.

como la exportación de moneda extranjera o la cesión de cantidades en pesetas (146).

Al igual que los demás sistemas que implantaron el control de cambios (147), el español requiere una autorización que, para obtenerla, han de realizarse y cumplirse una serie de requisitos, según la diversa modalidad de la operación. En cuanto al cumplimiento de formalidades, dada la importancia y volumen de los negocios mercantiles de carácter internacional, en España se prescribe, por una Orden de 17 de diciembre de 1940, lo siguiente: "1.º Todas las empresas industriales que fabriquen o vendan en España productos de la clase que sea, sujetos al pago de canon, licencia u otros conceptos a entidades extranjeras, vendrán obligadas a presentar a la Dirección General de Industria de este Ministerio, en el plazo de un mes: a) Copia autorizada, en español, del contrato que tenga con las entidades extranjeras con las adiciones o modificaciones que haya sufrido, donde consten de un modo claro y fehaciente las cantidades a pagar por cualquier concepto de las mismas. b) Declaración jurada de los artículos fabricados o vendidos sujetos al pago indicado y cantidades abonadas o pagadas desde el 1.º de enero de 1935 al 31 de diciembre de 1940. 2.º Estos documentos servirán de base a los informes que en su día hayan de emitirse para la concesión de divisas a las entidades interesadas."

Además, se prescribe de un modo general, en los formularios de petición de la autorización, que el solicitante se obliga "a no hacer aplicación de dicha moneda a fin distinto del expresado, y a facilitar sus libros y documentos para cuantas comprobaciones se consideren necesarias por el "Instituto de Moneda Extranjera" o sus delegados, quedando apercibido de incurrir en las penalidades que se determinan en los casos de infracción" (148).

De aquí resulta que las personas físicas y jurídicas, tanto españolas como las extranjeras residentes en España, con sucursal o establecimiento abierto (149), han de cumplir dichas formalidades, bajo pena de incurrir en la responsabilidad consiguiente. Toda actuación en con-

(146) Sobre las diversas modalidades véase los apartados a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, q, r, s del artículo 5.º de dicho Estatuto.

(147) Cfr. el artículo 4.º de la Ley de Divisas alemana, de 27 de mayo de 1937, que determina la invalidez de los artículos anteriores (relativos a la liberación del deudor) si el deudor no ha cumplido los requisitos fijados por las normas reglamentarias en materia de control de cambios.

(148) Véase la "Ley Penal y Procesal de Delitos monetarios" de 24 de noviembre de 1938. Cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (1944), 140. En otros países, como en Bélgica, se advierte por DE KERPÉER, *La recherche et la constatation des infractions au contrôle des changes*, en *Rechtsskundig Weekblad*, enero (1956) 8, que los delegados del Instituto controlador (art. 7.º) pueden exigir también el examen de los escritos y documentos contables susceptibles de permitir la verificación y control.

(149) La Ley de 24 de noviembre de 1938 emplea la expresión "residentes en el extranjero", tanto para referirse a los que residen en el extranjero (españoles) como a los que residen en España por cuenta o con garantía de re-

trario, negligente, dolosa o culposa, conduce a un acto delictivo imputable al infractor de dichas normas. Sobre este punto coincide la totalidad de la doctrina europea en considerar que se da entonces una culpabilidad por parte de quien no actúa conforme a las normas prescritas por la reglamentación de control de cambios, produciéndose una imposibilidad subjetiva de incumplimiento.

A este respecto, dice ROBLOT (150) que un hecho personal del deudor, una negligencia que haya cometido en sus relaciones con la Administración (retardo en la presentación de su petición, error en la elaboración de su documentación, etc.), el impedimento crea una imposibilidad subjetiva culpable y, por tanto, una denegación legítima de la licencia o autorización de divisas por parte de los organismos de control de cambios. También, según VAN HECKE (151), si el deudor por su conducta negligente no hace la petición en el tiempo oportuno, responde de su negligencia y la denegación de autorización por su retardo no le exonera. En tal sentido también se pronuncia el Tribunal de Bruselas (152). El mismo SCALFATI (153), a pesar de mantener su tesis de la imposibilidad absoluta y definitiva que crea el régimen de control de cambios, excepcióna y toma en cuenta el supuesto en que interviene culpa del deudor, que "puede consistir, dice, por ejemplo, en no haber cumplido todas las formalidades que fuesen necesarias para obtener de la autoridad la concesión, en abstracto posible, de la moneda pedida". Se llega así a la conclusión de que la negligencia o el incumplimiento por parte del deudor de los requisitos formales requeridos por los regímenes de control de cambios le hace responsable de las consecuencias que se produzcan.

La alegación de *causa falsa* da fundamento, igualmente, a que las autoridades gubernativas denieguen la autorización y sancionen al culpable. Es necesario, pues, una declaración de los verdaderos motivos que guían al peticionario, así como la aportación de los justificantes y pruebas correspondientes que el organismo de control reclama. Como manifiesta PIATER (154), la obligación de declarar por cuál motivo desean llevarse a cabo operaciones en divisas (pagos comerciales, viajes al extranjero, cumplimiento de contratos ya autorizados, etc.), y la verificación de las alegaciones suministradas son, sin duda, un primer medio para desalentar a los especuladores y a todos los que no tienen interés económico legítimo y confesable para la adquisición de divisas.

Nuestra Ley española de delitos monetarios, de 24 de noviembre de 1938, en los apartados 9 y 10 del artículo 1.º, sanciona concretamente ambas hipótesis y reputa como delitos de contrabando monetario las acciones y omisiones siguientes: "9.º) Falsear por exceso el importe

sidentes en el extranjero (extranjeros). Ambos quedan sujetos a la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera.

(150) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 43.

(151) VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 868.

(152) *Bruxelles*, 8 diciembre 1951, "Trading c. Taburiaux".

(153) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 49.

(154) PIATER, *Le contrôle des changes*, I (París, 1947) 165.

de las obligaciones con el exterior. 10) Obtener divisas del Comité de Moneda Extranjera para pagos exteriores de todo género, mediante alegación de causa falsa, o aplicar divisas obtenidas a fines distintos de los alegados" (155).

De acuerdo con estas disposiciones, un deudor encuadrado dentro de un sistema flexible de control de cambios ha de proceder con una conducta de buena fe y conforme a las prescripciones administrativas impuestas en beneficio de la comunidad nacional. Toda otra conducta revelará la negligencia y culpabilidad del deudor que pretenda la autorización de divisas, incapacitándole para un exacto y regular cumplimiento de sus obligaciones. La alegación que el deudor haga de una imposibilidad de ejecución de sus obligaciones no procederá entonces de una causa extraña e independiente de su conducta; por el contrario, se provocará por su culpa una imposibilidad (que será, pues, subjetiva) del cumplimiento de la obligación, imputable al deudor por su conducta ilegal y delictiva.

Con arreglo a las normas del Derecho común español, también se deduce la culpa o negligencia del deudor cuando "consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1.104 del Código civil). O sea, que también con arreglo a estas normas (además de las específicas) el deudor queda obligado a realizar, por todos los medios a su alcance, el cumplimiento de la obligación. Como se trata de obligaciones dinerarias, el deudor debe de agotar todos los medios posibles que pueden ser aptos para lograr el cumplimiento de dichas obligaciones, según las circunstancias de su persona, del tiempo en que deba realizarlas y del lugar en que haya de llevarlas a cabo.

Tal solución abre una vía más para investigar cuáles son las posibles modalidades que conducen al cumplimiento de las obligaciones dinerarias, tanto en unas circunstancias de régimen común como extravagante, así como en el caso de conflicto de normas de Derecho internacional privado.

10. LAS DIVERSAS POSIBILIDADES SUBSIDIARIAS DE CUMPLIMIENTO

Cuando impera un sistema de control de cambios, afirma NUSSBAUM (156), el deudor no se halla relevado de sus obligaciones hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación. Mientras existan ciertas perspectivas de poder satisfacerla —añade—, debe adoptar las medidas

(155) Un estudio de derecho comparado en esta materia: VIRTU, *Reglamentation des changes et Droit pénal*, en *Le contrôle des changes*, cit. pág. 73. En España cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (1944) 140.

(156) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. pág. 629.

apropiadas a fin de obtener el permiso necesario para transferir los fondos. Es que el deudor debe agotar todos los medios legales posibles para llegar al cumplimiento de su obligación, tanto en lo que a la obtención de la autorización se refiere como a los medios que tenga a su alcance, según ya interpretaron las jurisprudencias alemana e italiana (157).

En los sistemas de un control flexible, como el español, existe siempre la posibilidad de obtener divisas, pues sus disposiciones se refieren sólo a una reglamentación, control y verificación de las mismas. Las autoridades gubernativas únicamente deniegan la autorización en los casos de actuación negligente, dolosa o culposa del peticionario, lo que permite la posibilidad del pago específico de las obligaciones. Ahora bien, en el caso de que por falta de fondos del Instituto o por causas justificadas y superiores a la economía nacional fuese rechazada la autorización de los pagos en divisas, todavía debe el deudor, como dijo el Tribunal de apelaciones alemán (158), agotar todos los recursos previstos en las reglamentaciones de cambios para dar el debido cumplimiento a sus obligaciones, puesto que la legislación de divisas sólo crea una imposibilidad local de pagar.

Efectivamente, existen otras posibilidades subsidiarias de cumplimiento por las que el deudor no puede dejar impagadas sus obligaciones. Una de las que se ha alegado ya por los tribunales extranjeros es aquella que tiene el deudor cuando posea un patrimonio o bienes en otro país, o sea, fuera del territorio que ha dictado las leyes de control. Los autores creen que en este caso la justificación jurídica de tal modo ejecutivo de las obligaciones está en que dichos bienes no han dejado, por eso, de ser prenda común de los acreedores y no podría quedar colocado aquel deudor en mejor y más ventajosa posición que los propios deudores nacionales del Estado donde se ejecuta esa prenda común.

SCHOO (159) dice que tal medida de recurrir a los bienes que poseen fuera los deudores es perfectamente lógica y explicable, pues el acreedor debe buscar ayuda y protección no solamente en el país del deudor, sino particularmente ante sus propios tribunales, máxime cuando se presente la ocasión de poder proceder ejecutivamente, como ocurre en materia de empréstitos contratados con casas exportadoras o por empresas que tienen participaciones en el extranjero. Y SCALEFATI (160) también toma en cuenta que el deudor posea bienes en el extranjero, pues ello le pone en condiciones de cumplir la prestación pactada, aunque esto implique una mayor carga o sacrificio.

Los tribunales también han apoyado sus fallos en este sentido y han admitido la existencia de bienes en el extranjero como prenda

En este sentido también se expresa la casación italiana, cfr. Cass. it., 16 enero 1933; Ap. Milano, 26 noviembre 1937, en *Foro Italiano*, I (1938) 273.

(157) Cfr. en *Devisenarchiv* (1936), 364; en *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, II (1952) 1437.

(158) Véase nota anterior.

(159) SCHOO, *op. cit.*, págs. 859 y 860.

(160) SCALEFATI, *op. cit.*, pág. 49.

sobre la cual pueda ejecutarse el cumplimiento de obligaciones pendientes. Así, una sentencia del Tribunal de Comercio de Saint-Gall (161) admite que, probada la existencia de bienes fuera del Reich, es innecesario el examen de la ley aplicable a la obligación e indiferente el lugar de pago consignado en el contrato. La sentencia razona, además, que al tener el deudor bienes fuera de Alemania, y dado que lo es de una suma de dinero, responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes muebles e inmuebles, teniendo el acreedor derecho a embargar los bienes que no están sometidos a la soberanía del legislador alemán.

En este mismo sentido, el Tribunal de Amsterdam, en sentencia de 18 de junio de 1935, condenó a la Sociedad Osram a pagar los intereses de su empréstito 7 por 100 1925, no obstante las restricciones alemanas, porque la obligación se hallaba sometida al derecho local y el hecho de la imposibilidad de transferir las sumas necesarias de Alemania a los Países Bajos no excluía la posibilidad de procurarse de otra forma el dinero en este último lugar. El Tribunal del Distrito de Amsterdam decidió, igualmente, en sentencia de 23 de junio de 1936 (162), que la legislación alemana sobre divisas no podía impedir que el acreedor se procurara un título ejecutivo para el cobro de su crédito sobre bienes situados fuera del Reich.

La Sala primera del Tribunal Federal suizo, en sentencia de 8 de octubre de 1935, también mantuvo que las leyes alemanas sobre divisas no tienen efecto liberatorio por lo que respecta a la obligación del deudor alemán pagadera en Suiza; en consecuencia, el deudor no puede oponerse, apoyándose en dichas leyes, a un embargo realizado por sus acreedores extranjeros sobre bienes actuales en Suiza.

El Tribunal de Casación italiano, en sentencia de 30 de julio de 1937, igualmente reconoció que las restricciones de divisas del país del deudor no hacen imposible el cumplimiento por éste, en el caso de que posea bienes en el país del acreedor que puedan satisfacer sus pretensiones.

Además de la posesión de bienes fuera del territorio de control de cambios, el deudor tiene otros recursos para que no queden incumplidas sus obligaciones. Ya sea una persona individual, o jurídica (y con mayor razón las grandes empresas industriales o financieras), pueden obtener un préstamo con garantías mobiliarias o inmobiliarias (163), puede realizar la venta de títulos, hacer un depósito del crédito en cuenta bloqueada (163 bis), o bien disponer la

(161) S. 7 marzo 1933, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé* 2 (1935) 428.

(162) Cfr. en *Revue Critique de Droit International*, XXXII (1937) 474, con nota de E. Z. REIBOCK.

(163) Cfr. DOMKE, *Les garanties des tiers dans les emprunts internationaux*, en *Revue de Science et de Législation Financières* (1936) 598.

(163 bis) Cfr. MAXCIOTTI, *Conti e depositi bancari soggetti a controllo valutario*, en *Il regolamento dei pagamenti internazionali*, Milano, 1960, pág. 177.

apertura de un crédito irrevocable con aval de documentos. Todas estas posibilidades, y especialmente la última, según ASCARELLI (164), se han generalizado en la práctica de los negocios internacionales, debido a las dificultades que la legislación valutaria interpone entre los diferentes países.

II. LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ANTE EL SISTEMA DE CONTROL DE CAMBIOS

Es que, además, si no se adoptasen por el deudor cualquiera de estos modos de cumplimiento, tampoco puede eximirse o irresponsabilizarse de sus obligaciones en virtud del principio tradicional, y que tiene alcance universal, por el que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros” (artículo 1.911 del Código civil español) (165).

El deudor, pues, no puede invocar un obstáculo como es el de una determinada política de control de cambios, como una causa de imposibilidad absoluta que le exonere del pago de sus obligaciones. En el orden internacional, creemos con BROGGINI (166) que el criterio de la actividad debida responde necesariamente a la interpretación local. El deudor que se declara irresponsable de la pretendida falta o defecto de ejecución no le puede ser impuesta otra prueba que la de haber actuado de un modo adecuado, conforme a las disposiciones del lugar en que debía de actuar. Es que, según ha afirmado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en una sentencia relativa a unos empréstitos rumanos (167), “es necesario señalar que, hecha abstracción de las normas de orden público, es posible que no sea la misma ley la que rija la obligación en todas sus relaciones. La distinción que parece se impone para las necesidades del negocio es ciertamente aquella entre la sustancia de la deuda, que es, concretamente hablando, el objeto de la obligación del gobierno rumano respecto a los diversos acreedores, se determina por la ley rumana, mientras que ciertas modalidades de pago, elementos concretos de la actividad ejecutiva, conciernen a la ley del lugar donde tal actividad se desarrolla”. Que la legalidad de la sustancia del débito no sea determinada por la ley francesa, no excluye —a juicio de dicho tribunal— que la moneda de pago en la que debe o puede realizarse en Francia, dependa de la ley francesa.

(164) ASCARELLI, *Compensazione valutaria e cambio traistizio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1951), 303.

(165) Sobre las razones a que atiende: NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*. Milano, 1954; GAETANO, *La responsabilità patrimoniale*, en *Trattato de Vassalli*, XIV, 11 (Milano, 1956).

(166) BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, cit., pág. 28.

(167) *Cour Permanente de Justice International*, Serie A, núm. 20/21, y *Recueil des Arrêts*, Ley de (1929) 41.

Aquí, el Tribunal Internacional no hace más que reconocer el principio aceptado universalmente de la *lex loci solutionis* y con ello la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones dinerarias según las normas positivas locales generalmente impuestas.

Por lo tanto, en base al principio de genericidad de las obligaciones dinerarias y de la *lex loci solutionis*, se producen dos fenómenos típicos para el cumplimiento de las mismas, en caso de que se produzca una imposibilidad de pago normal o específico: la conversión legal de la moneda y la ejecución forzosa de bienes.

12. LA CONVERSIÓN LEGAL DE LA MONEDA

Agotados o eliminados los diversos medios de cumplimiento, que hasta ahora hemos examinado para el deudor, siempre es posible uno por sus caracteres de permanente e inagotable: el pago en moneda de curso legal. O sea, que pactada una obligación de moneda específica, su pago o cumplimiento ha de hacerse en la moneda pactada, y de no ser ello posible, en la moneda de curso legal. Tal fenómeno se produce como consecuencia de la naturaleza de las obligaciones monetarias y no supone una modificación o novación de la obligación, sino la "conversión legal de la moneda". Es decir, que debido al propio fundamento legal se produce la conversión de la moneda, al operarse mediante la sustitución de la "moneda de cuenta" (money of account") por la "moneda de pago" (money of payment) (171). Se trata de un principio derivado de la propia naturaleza del dinero que la ley considera en cuanto éste supone un instrumento universal de medida del valor, un medio de cambio y un objeto de pago. Es que, como advierte ASCARELLI (172), dada la conversión dispuesta por la ley, el perecimiento de la moneda en la que la deuda debe ser pagada no representa un caso de perecimiento del objeto de la prestación, sino, simplemente, un caso de conversión necesaria de dicho objeto en un objeto diverso; esta conversión viene dispuesta por la ley independientemente de manifestaciones de voluntad del deudor y del acreedor y deben sufrirla sin poder escoger las consecuencias que se derivarían por el perecimiento del objeto.

Gracias a este principio de las obligaciones monetarias y de su conversión se sobrepasaron las dificultades que creaban las diversas

(171) En la jurisprudencia, cfr. *Cour de Thrace* (Grecia) 1936, núm. 70, en *Clunet*, 64 (1937) 611; Tribunal de Nápoles, 21 febrero 1936. En la doctrina: DACI, *Conversión de Foreign Money*, en *The American Journal of Comparative Law*, III-2 (1954) 155, y *Money of Reference and Conversion of Foreign Money*, en *The American Journal of Comparative Law*, V-3 (1956) 512; BAXTER, *Foreign Currency Obligations*, en *The Canadian Bar Review*, XXXV-6 (1957) 697. Se habla también de "moneda de liquidación" y "moneda de valoración" por EVAN, *Rationale on valuation for foreign money obligations*, en *Michigan Law Review*, LIV (1956) 307.

(172) ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti de moneta estera*, cit., página 219.

nacionalidades con su moneda peculiar (173). Los modernos Códigos civiles, conscientes de ello, han previsto el caso y sancionan con una disposición al efecto dicha conversión. El artículo 1.170 de nuestro Código civil es el precepto claro y rotundo que lo admite, conciliando así la naturaleza universal y genérica del dinero con la particular y específica de la moneda (174). Según dicho artículo, "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España". Como la moneda de plata y oro fué privada de curso legal por la Ley de 20 de enero de 1939, y la Ley de 9 de noviembre del mismo año dispuso que los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago, con pleno poder liberatorio, tenemos que con el pago realizado con dichos billetes, el deudor libera sus pagos. O sea, que por la propia autoridad de la ley es como se realiza la conversión (174 bis).

Nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de confirmar este principio e interpretar dicha materia. La sentencia de 10 de marzo de 1925 rotundamente manifestaba que la moneda extranjera estaba empleada como medio de expresión o cálculo de valor adecuado, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie, haciendo la conversión adecuada. Y la sentencia de 3 de julio de 1936 no estimaba la imposibilidad de pagar en marcos, a pesar de la prohibición del Decreto de 29 de mayo de 1931, pues siempre era posible hallar la equivalencia entre ambas monedas (la alemana y la española) según la cotización del día del pago o de interposición de la demanda. Ultimamente, la sentencia de 9 de noviembre de 1957 (174 ter) insiste en que ante la imposibilidad de la entrega en especie se dé el contravalor en pesetas, según el día del pago o la fecha de la sentencia.

La doctrina extranjera, en general, toma en cuenta las cuestiones centrales que la conversión implica (175), tanto en lo que se refiere a las cuestiones específicas que presenta (176), como a los conflictos

(173) Cfr. Rault, *Des difficultés relatives à la monnaie de paiement dans le domaine des obligations émises par les collectivités*. Paris, 1929.

(174) Sobre la distinción entre los conceptos "dinero" y "moneda", atribuyéndole al primero un significado teórico más universal y, al segundo, una apreciación más empírica y local, nos remitimos a una explicación y fundamentación más amplia en nuestro estudio, de próxima publicación, "El régimen jurídico del dinero".

(174 bis) En el mismo sentido HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., I, 414.

(174 ter) Una crítica en HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, I, 415 a 417.

(175) Cfr. MAYER, *Dettes en monnaies étrangères et dettes de monnaies étrangères (cours de conversion)*, en *Revue de Droit bancaire* (1926), 241; RHEINSTEIN, *Die inländische Bedeutung einer ausländischen Zwangsvollstreckung in Geldforderungen*, en *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, VIII (1934) 277; TRIPFEN, *Problemi attuali della conversione monetaria*, en *Moneta e Credito* (1954), 65.

(176) Cfr. JEZE, *La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat*, en *Revue de Science et de législation financières* (1924), 5; PICARD, *La dépréciation monétaire et la monnaie de paiement*

contables de su aplicación (177). A propósito de una sentencia dictada por el Tribunal de Roma (178), ASCARELLI analizó los principales extremos que la conversión trae consigo, además del fundamental de la licitud de la cláusula de moneda extranjera, al que viene anejo. El autor analizaba los siguientes extremos: a) La licitud de la cláusula de moneda extranjera; b) La necesidad de la conversión de la suma de moneda extranjera estipulada con el equivalente en moneda nacional; c) La aplicación a tales fines del curso de cambio oficial.

a) Para ASCARELLI la primera afirmación que hace la sentencia, respecto a la licitud de la cláusula de moneda extranjera, estaba ya confirmada por la casación italiana. El argumento principal sostenido para admitir su validez era la consideración de que las deudas de moneda extranjera con cláusula "efectivo" no constituyen deudas de valor, sino que continúan siendo obligaciones pecuniarias. Tal carácter supone que el deudor de moneda extranjera, en caso de imposibilidad de poseerla, pueda pagar en moneda extranjera al cambio del día del cumplimiento, constituyendo dicha facultad una *facultas solutionis* que no modifica el objeto de la obligación.

La facultad de solución de la deuda de moneda extranjera en moneda nacional (como conversión necesaria al estar prohibida o ser imposible el pago en moneda extranjera por imposición de un régimen de control) tiene su justificación en la regla tradicional "*una in alia moneta solvi potest*", fundamentada en el indiferente modo de pago en una u otra moneda dentro del régimen de libertad de cambios y sobre la consideración de que la moneda nacional es siempre medida de valores y definitivamente medio de pago. De aquí que sea usual, por una parte, la facultad del deudor de moneda extranjera de pagar en moneda nacional y, por otra, la necesidad de esta conversión (debido a la imposibilidad de la prestación específica) cuando el deudor no pueda pagar en la moneda extranjera pactada. Esta segunda consecuen-

dans les contrats entre particuliers, en Recueil de Droit commercial (1924), 83; PERROUD, *La détermination de la monnaie de paiement, la clause "paiement-or" et le problème du change, en Clunet*, 51 (1924) 628; TENEKIDES, *La détermination de la monnaie de paiement dans le dernier état du droit hellénique mis en parallèle avec le droit étranger, en Clunet*, 60, 60 (1933) 555; PELLIZZI, *Clausola di pagamento all'estero in moneta straniera, en Foro Padano*, I (1951) 323; SAN TINI, *Congelamento di crediti all'estero e corso dei cambi, en Giurisprudenza della Cassazione civile* (1954), 65.

(177) Cfr. ROZIS, *La monnaie dans les paiements. Moment auquel la conversion doit s'effectuer, en Revue des Ventes et Transports* (1925), 207; BUTERA, *Prestazione e conversione. Nota a la Cassazione 3.12.1926, en Giurisprudenza Italiana*, I-1 (1927) 6; sobre la fecha de la conversión de la moneda extranjera, cfr. en *Clunet*, I (1924) 1088 y 64 (1937) 611. El Tribunal de Nápoles, en sentencia de 21 febrero 1936, manifestó que a las obligaciones emitidas por una sociedad italiana en América (USA), pagaderas en Norteamérica, Inglaterra y Suiza, se les aplica la Ley federal americana de 5 de junio de 1933, que declara ineficaz la cláusula oro y establece que todas las obligaciones contratadas en dólares oro se deben pagar con plena eficacia liberatoria en dólares-papel.

(178) Cfr. en *Rivista di Diritto della Navigazione*, II (1950) 203, con nota de ASCARELLI.

cia de la necesidad de la conversión está para ASCARELLI (179) históricamente constatada independientemente de la primera y continúa estando universalmente admitida, mientras que la primera encuentra escaso campo de aplicación en los países en que está vigente el control de cambios.

b) La otra afirmación que establece la sentencia del Tribunal de Roma es la de la necesaria conversión en moneda nacional, la cual se ha de efectuar según el cambio del día del cumplimiento (180) y donde, incluso, se da la responsabilidad del deudor moroso por la desvalorización en la que ha de tener lugar el pago (181).

En líneas generales se pueden distinguir aquí las relaciones internas de las internacionales. En estas últimas, la legislación de control de cambios supone en muchos casos una derogación de la *facultas solutionis* e impone como principio fundamental la necesaria conversión de la moneda extranjera en moneda nacional (182). Es que, según aclara ASCARELLI (183), la legislación vinculadora o de control no se basa en la distinción de las relaciones internas e internacionales, sino que analfáticamente se refiere a una serie de hipótesis y al poder discrecional de los órganos de control de cambios. Se encuentran así, entre dos Estados relaciones que es necesario coordinar dentro de su ámbito territorial y jurisdiccional (184).

c) La última afirmación de la sentencia que contempla ASCARELLI atiende al cambio aplicable que se basa en el curso de cambio del día

(179) ASCARELLI, *In tema di clausole di moneta estera, conversione di moneta nazionale; influenza della legislazione di controllo dei cambi e cambi vigenti per la lira*, ahora en *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952, páginas 203 ss., y en *Obbligazioni pecuniarie*, cit. pág. 344. También GALLUPI, *Questioni sul pagamento in moneta estera e in tema di cambio*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, II (1922) 189.

(180) Sobre la fecha de la conversión de la moneda extranjera, cfr. en *Chunet*, 51 (1924) 1088; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniarias*. Lisboa, 1956, 253 ss.

(181) Cfr. ROZI, *L'exécution des obligations (paiement) et les variations de la valeur de la monnaie*. Vannes, 1924; GASTON, *Les variations du change et leur influence sur les contrats entre particuliers*. París, 1925; SAUVAGE, *La responsabilité des hausses ou baisses des cours en cas de retard à la livraison*, en *Revue de Droit maritime comparé*, 15 (1927) 1 ss. Un caso similar lo resolvió nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 30 octubre 1957.

(182) Cfr. GEORGLAES, *Du paiement en monnaie étrangère*, en *Revue de Droit français* (1926), 26; HUBERT, *Note sur la monnaie de paiement dans les contrats internationaux*, en *Recueil Sirey* (1928), 161; SALANDRA, *Prestito obbligatorio pagabile in diverse valute*, en *Foro Italiano* (1947), 195; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stilate in valute italiana ed estera*, en *Studi di Diritto civile e commerciale*. Napoli, 1953; PELLIZZI, *Clausola di pagamenti all'estero in moneta straniera*, en *Foro Padano*, I (1951) 323.

(183) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 207.

(184) La doctrina anterior al sistema de control de cambios ya estima y resuelve las colisiones internacionales de obligaciones dinerarias. Cfr. HARTMANN, *Internationale Goldschulden*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 65 (1882) 147; REUTHERSKJOLD, *De la loi doit régir les obligations contractuelles d'après le droit international privé*, en *Chunet*, 26 (1899) 462. Con posteriori-

del cumplimiento; la discusión se basa en el tipo de cambio que habrá de aplicarse.

Por lo que respecta a la nación italiana, la aplicación del cambio oficial viene limitada a la ejecución forzosa de créditos en moneda extranjera pagables al extranjero y a las cláusulas de moneda extranjera estipuladas por residentes en Italia. En cambio, los créditos de moneda extranjera, relativos a exportaciones de mercancías y servicios, no quedan sujetos a la legislación de control en las cuentas de extranjeros residentes en Italia, salvo los casos de ejecución forzosa que deberán ser pagados por su equivalente en moneda nacional.

En cuanto al régimen monetario español, puede afirmarse que los tres extremos considerados por la sentencia italiana tienen la misma consideración e idénticos resultados.

En primer lugar, la licitud y validez de las cláusulas de moneda extranjera (en sus dos variedades, "cláusulas de moneda extranjera" y "cláusulas valor moneda extranjera"), dentro del régimen monetario español, es patente, ya que no existe una norma legal que expresamente las rechace, sino, por el contrario, quedan autorizadas en base al artículo 1.170 del Código civil (185). Tampoco pueden considerarse tácitamente inválidas por la existencia de una legislación de control, como algunos autores han pretendido (186), pues, al ser posible la obtención de una autorización para recibir divisas, tenerlas o transferirlas, quiere decir que dichas cláusulas son válidas y nada se opone a su posible pacto. Además, según hemos ya demostrado (187), tal legislación especial en nada afecta a la sustancia de la obligación o contrato, sino tan sólo indirectamente al modo de ejecución, por lo que no cabe la sanción de nulidad, según demostró también el Tribunal Supremo (188). Antes

dad: CERETI, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*. Torino, 1925; DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, Pavia, 1931; BALTIFOL, *Conflicts de lois en matière de contrats*. Paris, 1938; RLEMANN, *Die Schuldverträge im internationalen Privatrecht*. Dresden, 1939; WENGLER, *Studien zum internationalen Obligationenrecht*, en *Mélanges Ströit*. Atene, 1941; REICHEL, *Schulden in Auslandswährung*, en *Juristenzeitung*, XVII, 213, y el caso "Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.", 2, W. I. R., 183, en *The International and Comparative Law Quarterly*, 5/2 (1956) 295.

(185) Véase lo dicho más arriba, epígrafe 5.

(186) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español Común y Foral*. III. *Derecho de obligaciones*, 8.ª ed. Madrid, 1954, pág. 274; PELAYO HORR, *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1944) 48; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, página 246, quien distingue ambas y sólo considera nula la primera; PITTG BRUNTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959) 338; DEL ARENAL, *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en *Revista de Derecho español y americano*, IV-20 (1959) 1027.

(187) BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, *cit. passim*.

(188) SS. 19 octubre 1944, 3 octubre 1957 y 8 abril 1958. Concretamente, la sentencia 3 julio 1939, dijo que el pacto de pagar en moneda extranjera no es ilícito. Y la sentencia 3 julio 1943 afirmaba que se admitía la cláusula de

al contrario, nuestro más alto Tribunal las reconoce y aplica con un sentido valorativo (189).

Respecto a la necesaria conversión en moneda nacional y el curso del cambio, nuestro Derecho positivo es claro y rotundo en su artículo 1.170 del Código civil, así como la posición que adopta el Tribunal Supremo; en diversas ocasiones este Tribunal tuvo oportunidad de manifestarse para afirmar que la equivalencia o cotización de la moneda extranjera se hará conforme al día del pago de la demanda (190), o bien en la fecha del emplazamiento del demandado (191), o según la cotización que rija en el momento del pago (192). La reparación del daño causado y la responsabilidad del deudor moroso, ante la influencia que tiene la variación del valor del cambio a través del tiempo, es considerada también por nuestro Tribunal Supremo para fijar la cotización aplicable: así, se dice que para la conversión a pesetas de francos oro (en demanda de indemnización a una compañía de aviación), "la obligación de reparar el daño causado nace del hecho que lo origina... y no de la sentencia que declara la obligación... y, por tanto, a aquel momento es preciso atenerse" (193). Y en un caso de transporte marítimo, afirmaba que "el flete pactado en dólares debe ser satisfecho de acuerdo con la cotización vigente (1 dólar = 40 pesetas) al ser puesta a su disposición la mercancía en octubre de 1950, y no según la cotización de agosto de 1949 (1 dólar = 16,40 pesetas), cuando estaba a disposición pero no fué recogida, ya que el retraso habido en la entrega de la mercancía no es imputable al transportador, sino al destinatario, por lo que debe pechar con las consecuencias de su morosidad" (194).

Dentro de nuestro régimen de control, el cambio se fija diariamente por el "Instituto Español de Moneda Extranjera", a través de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y conforme a sus datos se ha de hacer la conversión. No obstante, al haberse seguido un sistema de cambio múltiple, se excepcionan ciertos cambios bajo un signo preferente, como sucede con las ventas de bienes y valores de españoles en el extranjero (195), las rentas de estos mismos españoles en el extranjero (196) y ciertas importaciones y exportaciones (197).

Otro problema que plantea la legislación de control es el riesgo del cambio que se produce a consecuencia del lapso de tiempo entre el pago por el deudor y la recepción del pago por el acreedor, al tener que reali-

moneda extranjera como válida y lícita, pues estaba conforme con los artículos 1.255, 1.258 y 1.170 del Código civil.

(189) S.S. 29 octubre 1895, 10 marzo 1925, 3 julio 1936, 3 julio 1943, 23 diciembre 1954, 3 octubre 1957 y 9 noviembre 1957.

(190) S. 3 julio 1936.

(191) S. 23 diciembre 1954.

(192) S. 9 noviembre 1957.

(193) S. 6 julio 1957.

(194) S. 3 octubre 1957.

(195) Orden de 19 de diciembre de 1947.

(196) Orden de 12 de mayo de 1948.

(197) Decreto de 3 de diciembre de 1948.

zarse a través de la Banca y en espera de las órdenes del Instituto controlador de divisas. La solución de este problema suele encontrarse a través de un análisis de la intención de las partes y parece razonable que a falta de convención se admita que el riesgo producido por las alteraciones del cambio (favorable o desfavorable) sea para el acreedor, sobre todo cuando se trate de una obligación contraída después del establecimiento de la reglamentación de control de cambios.

Otra cuestión específica también se planteó al "Instituto Español de Moneda Extranjera", al presentarse varias reclamaciones en relación con el cambio que se aplica a las liquidaciones de divisas extranjeras correspondientes a cesiones efectuadas en virtud de permisos de importación concedidos por el Ministerio de Industria y Comercio, y que fueron devueltas por no haberse podido realizar las importaciones oportunas u otras razones.

Al hacerse las liquidaciones de dichas devoluciones al cambio de compra, representando para el importador el quebranto que supone la diferencia entre los tipos de compra y venta y al no ser justo que esta diferencia fuera a cargo del Instituto, que, por su parte, tuvo que pagar en muchos casos intereses por las cantidades de divisas entregadas a los importadores, la Circular núm. 44, de 13 de abril de 1942, dispuso: "1.º A las devoluciones de divisas extranjeras, que se hagan como consecuencia de no poderse realizar las importaciones a que estaban destinadas, les será aplicado el cambio a que en su día se efectuó la cesión por parte de este Instituto. 2.º Como compensación del quebranto que para el Instituto representa el desembolso en divisas extranjeras, cargaremos el cuatro por ciento anual por el tiempo que medie entre nuestra cesión y la devolución. 3.º El Instituto se reserva el derecho de no aplicar las normas del apartado 1.º en el caso de una posible devaluación de la divisa extranjera objeto de la operación en el período transcurrido entre la cesión y la devolución."

Se llega a la conclusión de que mediante la conversión legal que se produce en las obligaciones monetarias, el deudor queda sin disculpa para alegar la imposibilidad de cumplimiento o pago de las mismas.

13. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE BIENES

Un último recurso jurídico, de carácter universal, para que las obligaciones y contratos no queden incumplidos es aquel que tiene todo acreedor frente a su deudor con la ejecución forzosa de bienes. Ante un deudor a quien le falte moneda específica e, incluso, el numerario (o sea, moneda legal de curso obligatorio), se recurre a este medio, uno de los más idóneos para el logro del cumplimiento de las obligaciones. Dice NUSSBAUM (198), a este respecto, que nada impide al acreedor iniciar un juicio por cobro ante los tribunales locales; el acreedor —añade este autor— puede también embargar, sin necesidad de permiso previo, los capitales situados dentro del Estado, creando de este modo una jurisdicción *quasi-in-rem* contra el deudor, norma que

(198) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. pág. 630.

podría ser igualmente aplicable en otros países. Todo ello se debe, aclara NUSSBAUM (199), a la esencia de una decisión que condena al deudor al pago de una suma de dinero, consistente en abrir la vía ejecutiva para que el acreedor pueda cobrarse compulsivamente sobre sus capitales, tenencias o haberes. Este punto de vista, añade, es aplicable con particular fuerza a los bienes que el deudor posee dentro de la jurisdicción del tribunal que ha dictado la sentencia condenatoria. Parecería extraño negar al acreedor local, concluye, el derecho de cobrar su crédito sobre esos capitales por la única circunstancia de que sus derechos se vean anulados por una ley extranjera dictada en el solo interés del país extranjero.

De este criterio participa SCHROO (200), quien, al contemplar la legislación alemana de control en la época nacionalsocialista, afirma que los acreedores extranjeros, frente a la excepción de fuerza mayor alegada por los deudores alemanes, sostienen su derecho de ejecución al deudor, cuando éste tiene bienes fuera de Alemania, situación que es perfectamente lógica y explicable, pues el acreedor debe buscar ayuda y protección no solamente en el país del deudor, sino particularmente ante sus propios tribunales, máxime cuando se le presente la ocasión de proceder ejecutivamente, especialmente en materia de empréstitos contratados con casas exportadoras o por empresas que tienen participaciones en el extranjero.

CASPARIUS (201) igualmente observa que las prohibiciones contenidas en la ley alemana sobre divisas castigan también los actos de dispersión relativos a bienes situados en el exterior, pero no impiden su ejecución forzosa ordenada por la autoridad extranjera.

El principio del exacto cumplimiento de las obligaciones y contratos no sólo se recoge en la orientación continental europea, sino que también se afirma en la anglosajona. MANN (202) dice que si el deudor no puede pagar a su acreedor, sí puede siempre depositar (consignar) la suma en un tribunal; de no hacerlo de este modo, se le puede declarar en quiebra.

Tribunales como el de Oslo (203) han resuelto que no podía ser tenida en cuenta la legislación alemana, aun tratándose de relaciones entre acreedores y deudores alemanes, pues dichas leyes —más bien reglas administrativas— son inaplicables en Noruega, no pudiendo prohibir el legislador extranjero las medidas de ejecución forzosa en otro país.

Queda, pues, bien patente que el principio del cumplimiento de las obligaciones es de carácter universal, y para su realización existen una serie de modos de ejecución, según vimos, que lo posibilitan en todo caso.

(199) NUSSBAUM, *op. cit.* ant., pág. 644.

(200) SCHROO, *op. cit.*, pág. 859 ss.

(201) CASPARIUS, *Ungelöste Fragen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936) 83.

(202) MANN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 206.

(203) Cfr. en *Bulletin dell'Institut Juridique International* (1936), n.º 9476.

El cheque turístico

Traveller's Cheque

JOSE IGNACIO DE ARRILLAGA

Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas

SUMARIO: I. Introducción.—II. Nociones generales: A) Concepto; B) Mecánica; C) Origen; D) Función económica; E) Características: 1.º Confusión entre librador y librado; 2.º Multiplicidad de los lugares de pago; 3.º Falta de designación del librado; 4.º Exigencia de la doble firma del tomador; 5.º Títulos emitidos en masa.—III. Reglamentación legal y naturaleza jurídica: A) Reglamentación legal: a) Estados Unidos; b) México; c) Italia; d) Francia; e) Estados escandinavos; f) España; g) Legislación internacional; B) Naturaleza jurídica: a) Teorías negativas: 1.º Simples promesas de pago; 2.º Meras cartas de crédito; 3.º Billetes de banco; 4.º Títulos valores "sui generis"; b) Criterio positivo.—IV. Requisitos extrínsecos: A) Forma; B) Menciones obligatorias y potestativas; C) Timbre.—V. Clases y variedades.—VI. Relaciones jurídicas entre los participantes: A) Perfección del contrato; B) Emisión del cheque; C) Naturaleza de las relaciones jurídicas: a) Relaciones entre librador y tomador; b) Relaciones entre librador y librado; c) Relaciones entre tomador y librado; D) Obligaciones: a) Obligaciones del librador; b) Obligaciones del primer tomador; c) Obligaciones de un posterior tomador; d) Obligaciones del librado.—VII. Transmisión.—VIII. Presentación y pago: A) Presentación; B) Pago: a) Pago normal; b) Reembolso; C) Falta de pago; D) Caducidad y prescripción.—IX. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Las especiales características del cheque turístico (1), la dificultad de calificar con precisión su naturaleza jurídica, la falta de estudios e investigaciones sobre el mismo, no obstante su enorme difusión en los momentos presentes, y el haber sido recientemente introducida su emisión en la práctica de los bancos españoles que operan en el extranjero

(1) Conocido con las denominaciones de "Chèque touristique" o "Chèque de voyage", "Travellers cheque" o "Travelers cheque" (ortografía americana), "Reischeck" (en holandés), "Assegno di viaggio" (en italiano), "Cheque de viajero" (en México), "Cheque de viaje", "Northern Travellers' cheque" (Países escandinavos) "Reiseschecks" (Alemania).

ro, son circunstancias que hacen aconsejable emprender su estudio e intentar elaborar una doctrina sobre el mismo. La mayor parte de los autores, aun los de mayor prestigio, o le silencian completamente en sus obras o se limitan a hacer simples referencias (2), cual si se tratase de una mera modalidad del cheque normal y no presentara, como en la realidad sucede, complejos problemas y cuestiones del más alto interés para todo jurista, y muy especialmente para los mercantilistas.

El cheque turístico, como su propio nombre indica, es un título-valor utilizado principalmente por los viajeros y especialmente por los anglosajones y nórdicos, aunque en la actualidad su uso se haya generalizado en los cinco continentes por las indudables ventajas que presenta como medio de pago apto para el turismo internacional.

Nos enfrentamos, pues, con un documento mercantil relativamente moderno (como más adelante se dirá) cuyo uso está muy extendido en el ámbito turístico y que, sin embargo, es desconocido en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, y casi silenciado por los muchos tratadistas que se han ocupado de los títulos valores (3) y los escasos que han puesto su atención en el turismo (4) como fenómeno económico y social.

II. NOCIONES GENERALES

Aparte de las dificultades apuntadas anteriormente, existe otra de no pequeña monta para dar un concepto terminante de lo que son y en qué consisten los cheques de viajero: nos referimos a la falta de uniformidad de los mismos en los distintos países donde se emiten, y a las discrepancias existentes en éstos sobre su significación jurídica. No obstante estos inconvenientes, vamos a procurar poner cierto orden de ideas en la materia y destacar aquello que es común a todos los cheques turísticos.

Para conseguir ese propósito convendrá conocer previamente la opinión que de los mismos tienen los escasos autores que se han preocupado en examinarlos; estudiar su mecánica o modo de funcionar en la vida mercantil; investigar sus orígenes y evolución hasta nuestros días; y valorar su utilidad práctica, o sea, la función económica que desempeñan.

(2) BOUTERON, CABRILLAC, COLAGROSO, CHORLEY, FERRONNIERE, GRECO, HAMEL, LANGLE, RIBERT, RODRÍGUEZ, SHELDON, VALERY.

(3) Constituye un excepción el folleto de ISIDRO CONDE BOTAS titulado "El cheque" y el "Traveler cheque", Edit. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1955: 172 págs.

(4) Puede encontrarse la bibliografía fundamental sobre esta materia en las obras del autor "Sistema de Política Turística", Editorial Aguilar, Madrid, 1955, y "El Turismo en la Economía Nacional", Editora Nacional, Madrid, 1955.

A) CONCEPTO

Encontramos algunas definiciones sobre los cheques turísticos, y aunque, a nuestro entender, no sean plenamente satisfactorias, conviene mencionarlas.

VAAST LEYSEN (5) dice son "títulos cambiarios que sirven a los viajeros de medios de pago, y presentan caracteres de facilidad y seguridad para sus poseedores". Como puede apreciarse, se trata de una definición bastante imperfecta, ya que, en último extremo, sería aplicable no sólo a las cartas de crédito, a los cheques normales y hasta a las mismas letras de cambio, sino, incluso, al papel moneda.

Algo similar se podría decir del concepto que da GRECO (6), al llamarlos cheques destinados a acompañar a los viajeros para que dispongan, fuera de la sede del banco, y especialmente en el extranjero, de los fondos que necesiten, evitando el riesgo del transporte personal del dinero y las molestias de atender personalmente a las operaciones de cambio.

Fijándose principalmente en que el librador y librado son o pueden ser una misma persona, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ (7) define el cheque turístico (cheque de viajero) como "aquel en que el Banco girado es al mismo tiempo girador y que puede ser cobrado en diferentes lugares de la República o del extranjero". Señala, pues, este autor dos de los posibles caracteres del cheque viajero: la confusión de librador y librado y la pluralidad de lugares de pago.

El profesor español LANGLE (8) considera que los cheques turísticos (cheques de viajero) son cheques emitidos a cargo del emisor, por diferentes cantidades, que el viajero que anticipa los fondos a éste puede cobrar en cualquier banco o agencia del país o del extranjero, que sea corresponsal del librador, según la lista que acompaña al documento. También en esta definición se señalan los dos citados caracteres de giro al propio cargo y variedad de lugares en que pueden ser hechos efectivos.

FERRONNIERE (9) los equipara a cheques circulares librados sobre corresponsales y emitidos bien a la orden, bien a persona determinada.

De estas definiciones, tomadas al azar, deduciremos inmediatamente la utilidad y las características de estos títulos valores.

B) MECÁNICA

Cuando una persona necesita proveerse de medios de pago para hacer frente a los gastos u obligaciones en una o en varias plazas distintas a aquella en que tiene su domicilio habitual, en la propia nación o

(5) Le chèque touristique américain. "Revue de la Banque", 1951; pág. 245.

(6) Curso de Derecho Bancario. México, 1945; pág. 170.

(7) Derecho Bancario. Edit. Porrúa, S. A. México, 1945; pág. 200.

(8) Manual de Derecho Mercantil Español. Edit. Bosch. Barcelona, 1954. Tomo II, pág. 476.

(9) Les opérations de Banque. Edit. Dalloz. París, 1954; pág. 90.

en el extranjero, puede acudir a muy variados procedimientos (obtener en la propia nación la divisa extranjera necesaria, llevar consigo moneda nacional para cambiarla en el país de destino, hacerse con una carta de crédito, etc.), entre los cuales se encuentra el adquirir los cheques turísticos que precise. Para esto se dirigirá a una agencia de viajes o a un banco de los que practican la emisión de tales cheques, en solicitud de la cantidad de títulos que representen un importe de dinero suficiente a cubrir aquellas necesidades.

Dicha persona, que puede ser calificada de comprador o tomador, firma un formulario de petición en el que se compromete a cumplir determinadas formalidades y obligaciones.

Aceptada la petición por el vendedor, a quien, como se dirá más adelante, cuadran los nombres de emisor y librador, proporciona, contra su valor nominal, más una pequeña cantidad en calidad de comisión, los cheques solicitados, haciendo entrega de ellos al comprador, el cual, en el momento de recibirlos y en presencia del librador, estampará en ellos su firma. El mero hecho de la puesta a la firma del cliente de los cheques implica la aceptación del contrato, por lo que queda perfeccionado con la concurrencia de la oferta y la aceptación de ambas partes contratantes.

Es corriente que el talonario o conjunto de cheques se le entreguen en una cartera y que, además, se le dé una lista con el número, el valor de los cheques que le proporcionan para facilitarle el control de su utilización, de modo que, en cualquier momento, especialmente en caso de pérdida o de robo, pueda identificar los que puso en circulación y los que aún restaban en su poder, y ello le permita tomar las medidas adecuadas para evitar el pago indebido de los últimos.

Provisto de los cheques citados puede emprender el viaje y acudir a cualquier sucursal o corresponsal del librador para hacer efectivo su importe, bien en la moneda señalada en el título, bien en la cantidad de moneda de curso legal equivalente del país en que se encuentre. Para ello no tendrá más que volver a firmar en el cheque que presente, a fin de que el pagador pueda comprobar la identidad de firmas y, por tanto, de la persona.

Hasta aquí la utilidad del cheque turístico es relativamente limitada, pues sólo podría hacer efectivo su importe el propio tomador en las sucursales o corresponsales del emisor, pero en la práctica el tenedor del cheque turístico puede utilizarlo como medio de pago frente a personas que no están unidas por ninguna relación con el emisor. Así, es frecuente que se abone la factura del hotel, se paguen los billetes o pasajes de algunos medios de transporte (ferrocarriles, avión, buques) e incluso se abone el precio de los artículos adquiridos en los comercios por medio de estos títulos valores. En estos casos, el acreedor deberá recibir el cheque firmado por segunda vez, como si fuera el librado, y posteriormente habrá de presentarlo en las sucursales o corresponsales del emisor para que le sea abonado su importe. A tal fin no es pre-

cisa una especial cláusula de endoso a su favor, como se verá más adelante.

Quien ha recibido en pago un cheque turístico puede obrar de la manera consignada o limitarse a pagar con él deudas propias, sin más que entregarlo a su acreedor como si se tratase de papel moneda. En tal caso el cheque actúa como si fuera verdadero dinero.

C) ORIGEN

Conocida la mecánica de los cheques turísticos y vislumbrada su función económica, a la que dedicaremos nuestra atención en posteriores páginas, no podemos menos de comprobar que los más remotos antecedentes de estos títulos están, sin duda alguna, en la letra de cambio, ya que en nuestros días han venido a llenar plenamente las necesidades que dieron lugar a la creación de ésta.

Recordemos las palabras del profesor GARRIGUES (10) al narrarnos el origen de la letra de cambio: "El mecanismo de la operación era sencillo; la persona que necesitaba dinero en otro lugar (comerciante que marchaba al extranjero con fines de lucro, o estudiante que se ausentaba de su casa para estudiar en una universidad foránea) entregaba una suma al banquero (*pecunia praesens*) para recibir su equivalente en el lugar deseado (*pecunia absens*). En lugar de pagar en el momento, el banquero promete que pagará o que hará que se pague. Esta promesa es obligatoria por haber recibido ya el banquero la prestación del futuro acreedor. Nace así una obligación dineraria y su instrumento es el título cambiario."

Este primitivo documento tiene la forma de promesa de pago, pero posteriormente surge la carta dirigida por el banquero a su correspondiente ordenándole que pague: en este momento y cuando a este mandato de pago se le incorpora la cláusula valor, nace la verdadera letra de cambio.

Si comparamos la mecánica de ésta con la de los cheques turísticos, veremos que las dos cumplen inicialmente la misma función económica, que las dos tienen la forma de mandato de pago, que acreditan el haber recibido anteriormente su valor, que el lugar de pago es distinto a aquel en que se recibió el dinero, que normalmente el título se hace efectivo en la moneda que circula en el país en que ha de pagarse, etc.

Dada esta identidad, podrá preguntarse por qué ha surgido el cheque turístico si hace más de ochocientos años ya había letras de cambio en circulación. La respuesta es sencilla. La primitiva letra de cambio ha ido perfeccionándose, ha ido evolucionando y, como consecuencia, se ha complicado, adquiriendo funciones que antes no tenía (se ha convertido en instrumento de crédito), apartándose de su simplicidad primitiva y, por ello, teniendo en cuenta las circunstancias y las exigencias actuales de la economía de los pueblos han surgido unos nue-

(10) Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II, pág. 142.

vos documentos que vienen a llenar en nuestros días la misión que tuvieron las letras de cambio en sus orígenes (ser instrumentos de pago exclusivamente), pero que hoy han perdido en parte. De ahí que podemos afirmar que los antecedentes más remotos de los cheques turísticos están en la letra de cambio.

Los cheques turísticos tuvieron su origen en Norteamérica, a finales del pasado siglo, concebidos por la American Express Company (11).

Parece que su presidente hizo, en el año 1891, un viaje a Europa provisto de una carta de crédito para sufragar los gastos que el viaje le ocasionara. Experimentó tal género de molestias y especialmente tal pérdida de tiempo para hacer efectivo el importe de aquélla, que se animó a idear un sistema más sencillo mediante el cual los turistas pudieran disponer de dinero en sus viajes de modo fácil y seguro. Estudió la cuestión con todo interés, se buscó el asesoramiento de expertos en turismo, en negocios bancarios y en Derecho mercantil, y después de examinar varias fórmulas, modelos y propuestas, aceptó un título muy semejante al cheque común, que debería llevar dos firmas idénticas estampadas, una en el momento de recibir el cheque y otra en el de hacerlo efectivo. Inmediatamente lo lanzó entre los viajeros clientes de su agencia, quienes lo admitieron cada vez con mayor satisfacción.

Según H. WEILLER (12), tales cheques no fueron puestos en circulación por la citada compañía hasta el año 1912.

Esta creación de la American Express Company, gracias a una intensa y continuada propaganda, ha sido utilizada en todo el mundo, y especialmente en el Continente americano, siendo adoptada no sólo por otras agencias de viaje, como la Thos Cook and Son (compañía inglesa de viajes), sino también por numerosos bancos americanos (entre los que se encuentra el National City Bank of New York) y de otras nacionalidades.

Poco después de la fecha citada, y antes de 1914, comienza a utilizarse en Europa, adquiriendo en la época comprendida entre las dos guerras mundiales gran desarrollo y aceptación, sin duda merced a las importantes corrientes turísticas de esta etapa, especialmente entre 1920 y 1930, puesto que, a partir de este último año, la crisis económica mundial que se experimentó frenó el movimiento de viajeros en general, y de modo marcadísimo el constituido por norteamericanos.

Al establecerse el control de divisas en gran cantidad de países, los gobiernos vieron con benevolencia el empleo de los cheques turísticos

(11) Fundada en 1850, en Estados Unidos, se dedicó originariamente a la expedición de mercaderías, posteriormente a las actividades propias de los agentes de Aduanas y, más adelante, empezó a funcionar como Agencia de Viajes, en cuyo ramo ha alcanzado un puesto destacadísimo, disponiendo de sucursales en casi todos los países del mundo.

(12) Participante italiano en la reunión de Ginebra para la redacción de la Ley uniforme del cheque.

y, posteriormente, los acuerdos de pagos de carácter internacional han dado, especialmente en Europa, un gran desarrollo a esta clase de títulos-valores.

Desde 1945 no sólo las más importantes agencias de viajes, sino muchos bancos europeos han creado cheques turísticos muy parecidos a los primitivos cheques americanos. El número de los emitidos cada año alcanza cifras verdaderamente elevadas.

D) FUNCIÓN ECONÓMICA

Como ya se ha indicado, cuando una persona precisa o desea realizar un viaje necesita proveerse del dinero suficiente para cubrir los gastos que ha de ocasionarle. Normalmente, a no ser que se trate de financieros o capitalistas con ramificaciones de su negocio en muchas ciudades o países, la gente sólo tiene sus disponibilidades pecuniarias en el lugar habitual de residencia, y de ahí que, al ausentarse, precise llevar consigo el dinero necesario para el viaje o buscar los medios de poder obtenerlo en el momento en que le sea preciso.

Llevar el dinero en moneda legal consigo puede suponer un grave riesgo, por el peligro en que se pone de extraviarlo o de ser robado, e incluso una verdadera molestia cuando se trata de cantidades elevadas o el poder adquisitivo de la moneda es pequeño (13).

Si estos inconvenientes se presentan para toda clase de viajes, hay otros varios aún más importantes y frecuentes, cuando se trata de salir al extranjero.

En este supuesto, a las dificultades anteriores se une la necesidad de obtener moneda de curso legal en cada uno de los países que ha de visitar el viajero, llevándola consigo, cambiándola en la frontera e, incluso, teniendo que conseguir los permisos necesarios para ello cuando, como va siendo frecuente en los últimos decenios, existe control de cambios en gran número de naciones.

Ultimamente han sido frecuentes las situaciones internacionales difíciles, en las que la exportación o importación de moneda estaba prohibida o suponía una serie de trámites, gestiones y permisos verdaderamente molestos. Cuando tales situaciones se producen debido al control de cambios y aunque se autorice al extranjero o al nacional que sale a otro país el poder disponer de determinadas sumas, éstas no se le dejan entrar o no se le entregan en moneda corriente más que en pequeña cantidad, obligándole a disponer del resto por medio de documentos bancarios que hará efectivos en el punto de destino.

Para evitar tales desventajas, la práctica mercantil arbitró hace ya mucho tiempo las cartas de crédito, que si atenuaban aquéllas en gran parte, se hicieron inadecuadas en los momentos presentes, entre otras

(13) Recuérdese las grandes carteras especiales que fue necesario emplear para atender a los gastos diarios en Alemania poco antes de la desvalorización del marco después de la Gran Guerra.

razones, por la molestia que supone el no poder hacerlas efectivas más que en una sola oficina bancaria de la ciudad e, incluso, en una única población de toda la nación visitada. Ello daba una rigidez a los itinerarios que ocasionaba unas pérdidas de tiempo incompatibles con el ritmo actual del tráfico turístico.

A fin de solucionar tales inconvenientes aparecieron los cheques turísticos, que garantizan contra su posible pérdida, evitan la necesidad de cambiar la moneda y se pueden hacer efectivos en variadísimos lugares.

Han tenido especial aceptación en Norteamérica, Inglaterra, Francia, Italia, Suecia, Noruega, Bélgica, etc., desplazando otras formas o clases de títulos valores, tales como las cartas-órdenes de crédito, Circular Notes, Circular Lettres of Credit, etc.

Pueden resumirse las ventajas de los cheques turísticos para los viajeros que los utilizan en la siguiente forma:

a) La tranquilidad que da el disponer de medios de pago eficaces en gran número de ciudades y países sin tener que proceder a cambiar la moneda cada vez que se cruza una frontera.

b) La seguridad que proporciona el saber que en caso de pérdida o robo los títulos son ineficaces y sin valor alguno en manos de un tercero, si su propietario no ha estampado previamente, como no debe hacerlo, la segunda firma.

c) No tener que llevar demasiado dinero consigo, aunque el viaje sea largo.

d) Obtener, con toda rapidez, los medios de pago necesarios para un viaje cuando la urgencia de éste no permita acudir a los procedimientos bancarios ordinarios.

e) No tener que esperar para hacerlos efectivos a días laborables ni horas de oficina de las instituciones bancarias, pues muchas veces son librados contra agencias de viaje que funcionan a horas distintas y, además, están admitidos por hoteles, comercios y todo género de empresas relacionadas con el movimiento de viajeros.

Desde el punto de vista de las compañías emisoras, los cheques turísticos tienen las siguientes ventajas:

a) Tanto si se trata de agencias de viaje como de bancos, la emisión de cheques turísticos es un servicio más que prestan a su clientela y, por tanto, un buen medio para aumentar ésta.

b) Para el emisor no hay gran peligro en los casos de robo, ya que para hacer efectivos los títulos al ladrón no basta que éste los haya robado, sino que, además, tendrá que falsificarlos. El pago indebido requiere, pues, robo o hurto y falsificación.

c) Aunque la finalidad principal del emisor suele ser la consignada en el párrafo a), no por ello la venta de cheques turísticos deja de ser un buen negocio, ya que, de un lado, cobra la comisión establecida y, de otro, maneja cantidades recibidas de los compradores durante pe-

ríodos más o menos largos, que le sirven para sus negocios propios y que, en el peor de los casos, le pueden producir una interesante renta. Claro está que esos beneficios son invertidos o gastados, en buena parte, en la organización de los servicios, la instalación de oficinas de venta y de cambio en los grandes centros turísticos, creación de servicios de investigación privada para encontrar los cheques perdidos o robados y a los ladrones, organización de la propaganda, cobertura del riesgo, etc.

Prueba de la utilidad económica de los cheques turísticos la tenemos en que sólo la American Express Company, durante el período comprendido entre las dos guerras mundiales, vendió cheques por valor de doscientos millones de dólares a más de un millón de viajeros, y que en los años que llevamos de postguerra desde 1945 casi ha superado dicha cifra, no obstante la mayor competencia que encuentra en esta actividad.

Uno de los pocos autores españoles que menciona (15) estos títulos considera que su implantación sería "una iniciativa feliz" y "constituiría una novedad importante muy provechosa para la economía nacional, y de seguro éxito, aun limitada al Banco de Emisión, dado el prestigio y la solvencia de este instituto". Aboga, por tanto, decidida y terminantemente por su implantación, ya que considera se trata de una institución "extraordinariamente práctica para los turistas".

E) CARACTERÍSTICAS

La especialidad de los cheques turísticos con respecto a los ordinarios está en que el librador y el librado no son propiamente dos personas distintas e independientes, sino que, en la mayor parte de los casos, se trata del mismo sujeto; en que pueden hacerse efectivos en diversos lugares; en que normalmente carecen de la designación de quién es el librado; en que se exige la participación activa del tomador para la perfección del título, y en que son cheques emitidos en masa.

Al tratar de los requisitos de esta clase de títulos-valores nos ocuparemos de sus modalidades y diferencias con los cheques ordinarios, pero entendemos que los rasgos verdaderamente característicos son los apuntados.

1.º *Confusión entre librador y librado*

Lo normal en los cheques en que existan tres personas, que son el librador, el tomador o beneficiario y el librado, pero en determinadas ocasiones desaparece una de ellas o, mejor dicho, una de ellas asume a la vez dos papeles distintos. Tal cosa sucede cuando se gira un cheque a la propia orden (librador y tomador son la misma persona), cuando se gira el cheque a favor del propio librado (tomador y librado son el mismo sujeto) y cuando se gira contra sí mismo (identidad de librador y librado). Este último supuesto es el que parece existir en los

(15) LANGLE, Emilio, Ob. y loc. cit.

cheques turísticos y el que encontramos expresado terminantemente en algunos autores (16) y aun en textos legales (17).

Posteriormente, al tratar de la naturaleza jurídica de los cheques turísticos, veremos hasta dónde existe esta confusión.

2.º *Multiplicidad de los lugares de pago*

Unida íntimamente a la naturaleza del título está su característica de poder ser hecho efectivo en diferentes lugares, cosa que no sucede normalmente en las demás clases de cheques.

Los cheques turísticos pueden ser presentados al pago en todas las ciudades y lugares donde exista una oficina, una sucursal, un corresponsal o cualquier otra persona o entidad unida con el librador por una relación jurídica que le obligue a hacer honor a los cheques emitidos por éste.

Como dice RODRÍGUEZ (18), la multiplicidad de diversas plazas en las que puede efectuarse el cobro del cheque no es una novedad de esta institución, puesto que el cheque ordinario puede cobrarse (se refiere a México) en cualquiera de las ventanillas de un mismo local de un Banco, o en las diferentes sucursales del mismo en una plaza, o en diferentes sucursales en varias plazas.

3.º *Falta de designación del librado*

Librado será toda persona o entidad a quien pueda presentársele el cheque para su reintegro, pero en contra de lo que es normal en los cheques, en el que nos ocupa no suele constar el nombre del librado, y ello porque, según hemos indicado, los emisores de cheques procuran que éstos sean hechos efectivos por un gran número de personas imposible de mencionar expresamente en el título, no sólo sus sucursales, sino otra serie de entidades que en plan de corresponsales obedecen dichas órdenes.

Ello plantea el problema de la falta de designación expresa del librado en el propio cheque, y su sustitución por una lista que proporcione el librador al entregar el talonario.

4.º *Exigencia de la doble firma del tomador*

Todos los autores que se han ocupado de los cheques turísticos (19) señalan como característica de los mismos el que para hacerlos efectivos lleven dos firmas del tomador. A nuestro entender, ello es esencial

(16) LANGLE, RODRÍGUEZ, LEYSEN.

(17) El art. 202 de la Ley mexicana de títulos y operaciones de crédito dice: "Los cheques de viajero son expedidos por el librador a su propio cargo y pagaderos por su establecimiento principal o por las sucursales o corresponsales que tengan en la República o en el extranjero."

(18) Ob. cit., pág. 201.

(19) FERRONNIERE, RIPERT, COLAGROSSO, GRECO, RODRÍGUEZ y LANGLE.

a todos los cheques turísticos, pero no puede decirse que les sea exclusivo, ya que, como señala GRECO (20), el sistema de la "doble firma" ha sido considerado en la ley reciente (21), y con propiedad, como elemento no característico de un tipo especial de cheque, sino como una modificación eventual del cheque ordinario y del cheque circular; sin perjuicio de la práctica de hacer uso exclusivo o predominante de ellos en las particulares circunstancias de los cheques turísticos.

5.º *Títulos emitidos en masa*

Los cheques turísticos emitidos por una agencia de viajes o por un Banco son todos ellos iguales entre sí, su texto va impreso en la casi totalidad del mismo, se expiden por cantidades fijas y redondas, de tal forma que cada emisor sólo emite cheques de tres, cuatro o, cuando más, cinco cantidades distintas. Por último, cada cliente recibe simultáneamente uno o varios talonarios o colecciones de cheques, siendo verdaderamente excepcional que sólo adquiriera un título.

Todas las circunstancias anteriores obligan a calificarlos de títulos emitidos en masa, ya que, como dice ASCARELLI (22), hablando de éstos, son aquellos en que se da junto a la unidad (similitud de todos los títulos de la misma serie) del acto de creación, la multiplicidad e individualidad de los títulos emitidos.

Este carácter obliga a que vayan numerados, como se dirá más adelante.

III. REGLAMENTACION LEGAL Y NATURALEZA JURIDICA

Para poder investigar cuál es la naturaleza de los cheques turísticos; si son verdaderos cheques o no, y, en caso afirmativo, si se trata de una simple modalidad o de una categoría especial, y en el supuesto negativo, de qué clase de títulos se trata, es preciso conocer no sólo su mecanismo, cosa que ya se ha hecho, sino también las cláusulas en ellos estampadas, las disposiciones legales que los rigen y las resoluciones judiciales que sobre ellos se hayan dado en cada país.

Es obligado tener en cuenta cuáles son los ordenamientos jurídicos sobre la materia en los distintos países, y ello no sólo por el interés que tiene conocer cuál es su conceptualización y tratamiento legal, sino porque la mayor parte de las veces son títulos que se cobran o reembolsan en país distinto a aquel en que fueron expedidos, e incluso se completan, perfeccionan, transmiten, puede ser robados o perdidos, etcétera, en el extranjero, interviniendo, por tanto, diversas legislaciones.

(20) Curso de Derecho Bancario. Edit. Jus. México, 1945, pág. 169.

(21) Se refiere a la italiana de 21 de diciembre de 1933.

(22) Saggi di Diritto Commerciale. Editor Giuffrè. Milano, pág. 585.

A) REGLAMENTACIÓN LEGAL

Vaya por adelantado la afirmación de que exceptuando México e Italia (más que el cheque turístico, el circular) no conocemos ningún otro país en que se hayan dictado disposiciones legales regulando la materia.

Teniendo en cuenta esto habrá que conocer la legislación general de cada nación sobre títulos-valores para poder calificar jurídicamente los cheques turísticos. Nos parece que efectuar tal trabajo sobre todas y cada una de las legislaciones extranjeras es innecesario, ya que lo único que puede interesar, cuando más, es examinar el conjunto de normas que les son aplicables en los Estados Unidos, por ser la nación en que surgieron y en la que son más utilizados; México, ya que los tiene regulados en su Ley de Títulos y Operaciones de crédito; Italia, por poseer el "assegno circolare", que es casi idéntico al cheque turístico; Francia, por tenerlos admitidos en la práctica como medio de pago y haberse presentado varios conflictos y casos de falsificación que han hecho intervenir a los tribunales manifestando su criterio sobre ellos; y, por último, España, por razones que no necesitan ser explicadas.

a) *Estados Unidos*

En Derecho americano no se encuentra ninguna disposición relativa a los "Travelers Cheque", por lo que hay que acudir a la legislación general sobre cheques que, como es sabido, no se trata precisamente de una legislación a la que se le pueda dar el nombre de general, ya que, lejos de existir una ley uniforme para todos los Estados, cada uno de éstos es soberano para legislar en la materia.

Tal situación, que podía dar lugar a un verdadero caos interno (al existir tantas reglamentaciones como Estados componen la Federación), se ha resuelto, en gran manera, gracias a un organismo de carácter privado pero que goza de gran prestigio, que es la National Conference of Commissioners on uniform laws and proceedings. Esta entidad redactó en 1896 un proyecto de ley uniforme en materia cambiaria, titulado "Uniform negotiable instruments law", que fué mereciendo la aprobación y su incorporación al ordenamiento jurídico de 48 Estados. La uniformidad deseada no se alcanzó porque, aun aceptándola Puerto Rico, Hawái, Alaska y las Filipinas, hubo algún Estado que todavía no lo ha reconocido y, además, porque las diferencias en su interpretación y las modificaciones introducidas en el texto al ser aprobado cada vez, han dado por resultado textos no del todo idénticos (22 bis).

En general, puede decirse que los títulos negociables norteamericanos (negotiable instrument) pueden ser simples promesas de pago

(22 bis) MUELLER, F. W. Money and Banking. Mc. Graw-Hill. New York. 1951; págs. 168 y ss.

(Promissory note) y letras de cambio (bill of exchange). Los cheques son títulos a la vista, y entre ellos están los cheques de caja (cashier's cheque), que son cheques librados por un banco sobre su propia caja; los cheques turísticos (travelers cheque), objeto de nuestro estudio, etcétera. Hay quien sostiene que los "travelers cheque" no son más que simples "cashier's check" librados por la sociedad emisora contra su propia caja.

No estamos plenamente de acuerdo con este criterio, ya que, sin duda alguna, se trata de dos títulos diferentes, no sólo en cuanto a su forma, sino también en lo que respecta a su finalidad. Otra cosa es que, a falta de una regulación especial, se apliquen al "traveler cheque" las normas que rigen para el "cashier's check".

Con respecto a la jurisprudencia, no parece se hayan dado hasta ahora, no obstante los muchos años que llevan en uso los cheques turísticos, casos en que tales títulos se hayan estudiado a fondo, y ello, como decimos en otro lugar, porque las compañías emisoras prefieren pagar sin objeción alguna hasta los cheques francamente dudosos, antes de iniciar un procedimiento que ocasionaría la desconfianza del público e, incluso, el desprestigio de esta clase de instrumentos de pago. Además, hay otra razón para que los litigios sobre esta materia sean raros, y es que, normalmente, las transacciones sobre cheques turísticos no suponen cantidades importantes que justifiquen las molestias y gastos de un proceso.

b) *México*

Una de las pocas legislaciones que se han ocupado de los cheques turísticos es la mexicana, en la que encontramos la Ley de 26 de agosto de 1934, llamada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Los artículos 202 a 206 de dicha Ley se ocupan de esta materia, y a juicio de RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ (23) derivan de la Ley italiana sobre cheque circular y de las especiales disposiciones sobre los cheques de turista del Derecho americano.

En Derecho mexicano existe el cheque de caja y el cheque de viajero, con lo que viene a demostrarse que ambos son distintos y que la agrupación intentada por algunos en Norteamérica carece de fundamento.

De la regulación concreta de los cheques de viajero en México, iremos hablando al tratar cada una de las cuestiones relativas a ellos.

c) *Italia*

Un país eminentemente turístico como Italia no podía rechazar los cheques de turismo, aunque la realidad sea que no los ha incorporado de modo expreso a sus instituciones jurídicas. Quizá sea debido a que

(23) Ob. cit., pág. 200.

cuenta con un título-valor original tan sumamente parecido que haya considerado suficiente la regulación de éste para aplicarla a aquéllos. Nos referimos al cheque circular (*assegno circolare*), que tuvo sus orígenes al final de la primera guerra mundial, como medio de obtener cheques que gozasen de una completa garantía de pago. Su difusión fué grande en todos los bancos italianos y especialmente en los de descuento.

Los cheques circulares fueron reglamentados por primera vez en Italia por la Ley de 7 de octubre de 1923, número 2.283, y en la actualidad están regulados por los artículos 82 y siguientes del Real Decreto de 21 de diciembre de 1933, número 1.736. Se definen como "títulos de crédito a la orden, emitidos por un instituto de crédito, a los que les ha autorizado para ello la autoridad competente, por sumas disponibles al momento de la emisión, y pagadero a la vista por toda persona indicada por el emitente" (24).

Las diferencias entre el "*assegno circolare*" y el "*assegno turístico*" son las siguientes: 1.º El primero cumple su misión cambiaria sólo en el ámbito nacional, y el segundo es apto para su uso en el extranjero, aunque en cuanto a sus características, mecánica, naturaleza jurídica, etc., puede decirse son idénticos; 2.º Para emitir cheques circulares se precisa una autorización especial de las autoridades bancarias; 3.º El emisor de cheques circulares ha de formar una cobertura real que garantice dichos cheques; 4.º En los cheques circulares la firma del cliente es accesoria y superflua, mientras que en los turísticos se considera como requisito esencial.

d) *Francia*

Visto el éxito alcanzado por esta institución entre los turistas, los grandes establecimientos de crédito franceses decidieron implantar un sistema de cheques de viaje al servicio de los turistas extranjeros que viajan por Francia o por sus colonias (25).

Ya decía HAMEL (26), teniendo en cuenta la falta de reglamentación especial en Francia sobre la materia, que la regularidad de los cheques turísticos es indiscutible en su nación, y que si los bancos franceses quieren emitirlos parece que nadie lo podrá impedir.

Su admisión, tanto desde el punto de vista de la legislación fiscal como de la general, parece fuera de toda duda.

Según una resolución de la Administración de l'Enregistrement (27), se ha admitido que los "cheques de voyage" disfrutarán de la exención del impuesto del timbre y no serán objeto de ninguna sanción, aunque

(24) CANSACCHI, Giorgio: *Elementi di Legislazione Bancaria*. Edit. Giappichelli. Torino, 1945; pág. 94.

(25) FERRONNIERE, Jacques: *Les opérations du Banque*. Edit. Dalloz. París, 1954; pág. 91.

(26) *Banques et opérations de banque*. París, 1933. Tomo I, pág. 1933.

(27) "Banque". 1949; pág. 497.

no contenga todas las menciones esenciales a la validez de los cheques normales. Ello demuestra que para el Fisco francés los cheques de viaje son verdaderos cheques.

Por otra parte, y en relación con la legislación civil, tenemos una sentencia (28), de la que hemos de ocuparnos repetidas veces, en la que se admite plenamente el carácter de cheques para los títulos que estamos estudiando y, por tanto, su regularidad en Francia.

e) Países escandinavos

En los países escandinavos (Dinamarca, Noruega y Suecia) existe el llamado cheque turístico uniforme, conocido con el nombre de "Northern Travellers' cheques".

Según COLAGROSSO (29), los países escandinavos establecieron un acuerdo para emitir cheques turísticos que están técnicamente caracterizados por el hecho de que los bancos de cada uno de dichos países pueden crear cheques que, aun siendo emitidos a nombre de la banca de un solo Estado, pueden ser pagados en cualquier filial de los otros en moneda nacional, al cambio del día (30).

f) España

Como acertadamente señala LANGLE (31), en España se reciben en pago los cheques de viajero que vienen del extranjero y, sin embargo, no se emiten ni tienen regulación legal.

Este documento ha empezado a extenderse en nuestra patria (32), y varios bancos españoles establecidos en el extranjero (33) han puesto en circulación "Cheques de viaje" en libras esterlinas y francos france-

(28) Arrêt de la Cour d'appel de París, de 8 de noviembre de 1950.

(29) Diritto Bancario. Roma, 1947; pág. 151.

(30) Skandinaviska Banken di Stoccolma, en *Quartely Review*, julio 1939.

(31) Ob. cit., tomo II, pág. 46.

(32) Aunque en España no se ha logrado una normal utilización del "traveller cheque" en los viajes turísticos por el extranjero, sin embargo, los extranjeros que nos visitan gozan de las mayores facilidades, que únicamente les otorga la Banca, para la conversión de sus cheques en pesetas, pudiendo efectuar este cambio en un considerable número de sucursales y dependencias bancarias, estando también autorizados para ello por el Instituto Español de Moneda Extranjera, además de la Banca operante en España, los grandes hoteles y las Agencias de Viajes. (CONDE, ob. cit., pág. 97.)

(33) El Banco de Bilbao puso en circulación, en junio de 1951, cheques de 1.000, 5.000 y 10.000 francos franceses, librados por su Servicio Extranjero con cargo a la Sucursal que tiene en París, y posteriormente otros de 2, 5 y 10 libras esterlinas, cuyo reembolso se efectúa por su Sucursal de Londres; en abril de 1952 el Banco Español en París, sucursal del Banco Exterior de España, empezó a emitir cheques turísticos en francos franceses librados por su Central con cargo a su Sucursal Urbana de la misma capital francesa; el Banco Español en Alemania, también filial del Banco Exterior de España, ha puesto en circulación en Frankfurt del Main, "reiseschek", en marcos alemanes, pagaderos por toda la Banca española.

ses para facilitar el intercambio comercial y turístico entre España y estos importantes países extranjeros (34).

Buscando entre las disposiciones de carácter legal los encontramos citados únicamente, como posibilidad a realizar por los bancos o banqueros insertos en la Comisaría de la Banca Privada, en la base 6.^a b) de la primitiva Ley de Ordenación Bancaria, cuando se decía que dichos bancos tendrían la facultad de “concertar con el Estado un régimen especial para el establecimiento del cheque cruzado y del cheque de viaje”.

Posteriormente, la Ley de 31 de diciembre de 1946, también de Ordenación Bancaria, dice en su artículo 59, que “los bancos y banqueros inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 38 (Registro de Bancos y Banqueros de la Dirección General de Banca y Bolsa) participarán en las facilidades y beneficios concertados o que se concierten con el Estado respecto al cheque cruzado y al de viaje, en relación con el Impuesto del Timbre sobre cheques, talones y entregas”.

No obstante estas menciones, la primera de las cuales data ya de hace más de treinta años, no se ha implantado esta modalidad de giro (35) por los bancos españoles que operan en nuestra patria, ni se han dado disposiciones de carácter mercantil sobre ellos.

Esto nos obligará a acudir a la legislación general sobre cheques, contenida en el Código de Comercio (36), que si puede ser calificada de anticuada e insuficiente para regir tan importante documento, aún presenta mayores deficiencias cuando ha de usarse como única norma legal aplicable a los cheques turísticos.

España, a pesar de haber estado representada en la Conferencia de Ginebra, no ha aceptado la ley uniforme sobre cheque (37), por lo que éste continúa reglamentado en el ya casi octogenario Código de Comercio, como se acaba de indicar.

En el orden fiscal la Ley del Timbre de 18 de abril de 1932, en el número 4 de sus artículos adicionales reservaba, entre otros posibles convenios, a los bancos y banqueros inscritos, la facultad de concertar con el Estado un régimen especial para el oportuno establecimiento de los cheques de viaje. La vigente Ley del Timbre, de 14 de abril de 1955, no los menciona expresamente.

Indudablemente, la carencia de preceptos legales que regulan en España su emisión y circulación, han retrasado la incorporación del cheque de viaje a nuestros usos mercantiles, sin tener en cuenta, en esta demora, las indudables ventajas que reportaría y podrían obte-

(34) *CONDE, Ob. cit.*, pág. 10.

(35) *LANGLE* en su *ob. cit.* dice que existe en poder del Banco de España, desde 1928, una propuesta hecha por la Sucursal de Granada, en solicitud de su implantación.

(36) Artículos 534 al 543.

(37) Fue publicada la traducción de la misma en la “Gaceta de Madrid”, el 20 de octubre de 1932, en conformidad con lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Justicia del día 11 del mismo mes, abriendo pública información sobre la conveniencia de su ratificación.

nerse con su utilización en las modernas transacciones comerciales y una mayor difusión de su uso en los imprescindibles cambios de divisas (38) provocados, efectivamente, por las grandes corrientes turísticas internacionales que tantos beneficios proporcionan a la economía de los países que las reciben, como es nuestra patria.

g) *Legislación internacional*

Poca atención ha merecido el cheque turístico en las reuniones internacionales dedicadas a propugnar, redactar e implantar una reglamentación uniforme de carácter universal sobre los cheques.

Repasando las actas, informes y estudios de las conferencias de La Haya (1910-1912), sólo se encuentran unas líneas sobre el mismo en el informe redactado por el Comité Central recogiendo la propuesta de llegar también a la unificación legislativa del cheque (39).

En Ginebra se le concedió alguna mayor importancia, tratándose de él con ocasión del estudio del cheque en blanco (40). Como es bien conocido, el artículo 13 de la Ley uniforme establece que "si un cheque, incompleto a la emisión, ha sido completado en contra de los acuerdos concertados, la inobservancia de estos acuerdos no puede ser alegada contra el portador, a menos que éste haya adquirido el cheque de mala fe o que, al adquirirlo, no haya cometido una falta grave".

Este texto excluía la posibilidad de los cheques en blanco y también la de los cheques turísticos, por lo que en el convenio sobre las reservas (Anexo II) se acordó introducir un artículo (el 11.º) en el que se decía: "Cada una de las Altas Partes contratantes se reserva la facultad de no insertar el artículo 13 de la Ley uniforme en su Ley nacional".

Las opiniones emitidas al respecto por los delegados fueron las siguientes:

M. GIANNINI (Italia) se refirió a la gran importancia del cheque en blanco, citando como ejemplo la circulación de los *travellers' cheques*", que representa millones.

M. WEILLER (Italia) manifestó el deseo de que la Conferencia no adoptase ningún texto que excluyera la posibilidad de considerar ciertos *travellers' cheques* como verdaderos cheques. Se trata, dijo, de una categoría de títulos extremadamente interesantes. Los "*travellers' cheques*" adoptan frecuentemente formas muy diferentes, aun teniendo la misma función. Algunos, es verdad, se presentan como "*promissory notes*", de acuerdo con el Derecho inglés o americano, pero existen otros tipos muy distintos. Parecía muy útil al delegado italiano que

(38) CONDE, Ob. cit., pág. 45

(39) Es sabido que esta Conferencia estuvo dedicada a la unificación de la letra de cambio, materia que quedó ultimada el año 1930 en Ginebra.

(40) BOUTERON, Jacques: *Le statut international du cheque*. Edit. Dalloz. París, 1934; pág. 317.

en Europa estos "travellers' cheques" fueran verdaderos cheques, más que "promissory notes".

M. GLANNINI (Italia) subrayó que en Italia la doctrina sobre estos cheques era completamente diferente de la doctrina angloamericana. Existen, no obstante, cheques de origen angloamericano llamados "Chèques de Tourisme", y, entre ellos, algunos poseen todas las cualidades del cheque.

M. GUTTERIDGE (Gran Bretaña) insistió igualmente en el hecho de que el travellers' cheque que está todavía en curso de evolución, y que por ello era preferible que la Conferencia no adoptase ninguna disposición que impidiese el desarrollo ulterior de este muy útil título.

M. BERNIS (España) apoyó igualmente la proposición italiana, y declaró que no tenía interés discutir la cuestión completamente teórica de saber si un travellers' cheque constituía o no un verdadero cheque.

Hemos reproducido con todo detenimiento estas intervenciones para demostrar la falta de unanimidad, en aquella época, sobre los cheques turísticos, la importancia que ya entonces se les atribuía y cómo sirvieron de fundamento para aprobar la reserva citada.

Muchas de las naciones europeas han incorporado a su legislación nacional la Ley Uniforme de Ginebra, de 19 de marzo de 1931 (41), y alguna de otros continentes también lo han hecho (42).

Antes de entrar en el examen de la naturaleza jurídica de esta clase de títulos-valores, y en relación con las legislaciones de los distintos países, convendrá subrayar que la calificación de los mismos viene dada en cada país por la "lex fori" (43). Tal cosa tiene una trascendental importancia, ya que la naturaleza del cheque turístico, los requisitos extrínsecos que ha de reunir, las relaciones entre los participantes en el mismo y otra serie de cuestiones, dependerán de la legislación que les sea aplicable. Como decía FERRONNIERE (44), es necesario precisar que los cheques de viaje no podrán ser considerados como verdaderos cheques más que cuando respondan a las condiciones legales de forma, lo que es normalmente el supuesto ordinario.

Si en las páginas que siguen nos limitáramos a estudiar el cheque turístico desde el punto de vista de la legislación española, la cosa no tendría especial dificultad, pero ha parecido preferible considerarle a través de las principales legislaciones. De ahí que problemas y puntos de vista perfectamente válidos en algunos países no tengan fundamento ni razón de ser en otros. Estimamos imprescindible hacer esta advertencia previa.

(41) Alemania (Scheckgesetz, 14 de agosto 1933). Francia (Decreto-Ley 30 octubre de 1933). Italia (Ley de 14 de diciembre de 1933). Holanda. Dinamarca, Suecia, Noruega, Grecia, Bélgica, Suiza.

(42) México, Japón.

(43) PERCEROU et BOUTERON: *La nouvelle législation française de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque, II. Chèque.*

(44) *Les opérations de Banque.* Edit. Dalloz. París, 1954; pág. 91.

B) NATURALEZA JURÍDICA

Al ocuparnos de la naturaleza jurídica de los cheques turísticos, podemos lamentarnos de la dificultad que ello implica, al igual que hacía VAAST LEYSEN cuando decía que el análisis minucioso de la naturaleza jurídica del cheque turístico americano es tarea nada fácil a causa de la falta de fuentes jurídicas claras, estables y completas. Si esta lamentación se le escapaba al examinar una sola modalidad, un único tipo (el cheque en uso por la American Express Company), excusado es decir que la tarea es aún más ardua al pretender conocer la naturaleza de las diversas modalidades empleadas en varios países y por distintas instituciones.

En páginas anteriores se ha visto que el legislador apenas se ha ocupado de ellos en algún país, que la jurisprudencia es muy escasa, y que los autores, salvo contadas excepciones, no le han dedicado atención alguna.

Ello nos obliga a trabajar con escasos materiales y a poner especial atención para conocer su naturaleza y los efectos jurídicos que producen, en lo que la práctica ha ido elaborando y en las cláusulas convencionales utilizadas para la venta y el pago de los mismos.

Para determinar la naturaleza jurídica del cheque turístico es preciso dar respuesta a estas dos preguntas: 1.^a ¿Es efectivamente un cheque, o se trata de otra clase de título-valor? 2.^a ¿Si la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, ¿estamos en presencia de un cheque ordinario, o tiene características que le dan la naturaleza de "sui generis"?

a) *Teorías negativas*

Un sector de la doctrina constituido por algunos prestigiosos autores, aunque quizá anticuados o rigurosamente formalistas, niegan el carácter de cheque al título-valor que nos ocupa.

Entre ellos se encuentran algunos de los asistentes a las Conferencias Internacionales de La Haya y Ginebra para la unificación legal del cheque, que emitieron su opinión desfavorable al cheque turístico. Así vemos que en el informe redactado a nombre del Comité Central de La Haya (45) se afirma que no son cheques, sino promesas de pago del librador; que FISCHER los calificó de simples cartas de crédito, y BOUTERON los conceptuaba de pagarés emitidos por un banco, sobre sus sucursales o sobre sus corresponsales.

Estas opiniones negativas se fundan, por tanto, en alguno de estos criterios:

1.^o Se trata de simples promesas de pago.

Es defendida esta opinión con diferentes y contradictorios argumentos. Unos dicen que son simples promesas de pago porque hay confusión o identidad entre librador y librado; otros porque es una orden

(45) Redactado por MEYER y CARLIN.

dirigida de forma alternativa o de manera sucesiva a dos o más librados, y otros porque sostienen que no hay librado.

GARRIGUES (46) dice que la identificación entre librador y librado es contraria al concepto de cheque del artículo 534, el cual presupone la diversidad jurídica de esos dos elementos personales. En realidad, estos cheques son más bien pagarés, y deben quedar sometidos a la reglamentación legal específica de esta clase de documentos en el Código de Comercio.

Si efectivamente no hubiera librado, se trataría en realidad de un pagaré a la orden (47), pero veremos más adelante cómo existen librador y librado, y la relación que une a éstos no llega a producir verdadera confusión entre ambas personas.

BEQUE y CABRILLAC (48) afirman que no se les puede asimilar a las promesas de pago (*billet à ordre*) porque expresan un verdadero mandato al igual que un cheque corriente que comporta en sí mismo el compromiso por parte del librador de hacer pagar la suma indicada en el título por el librado y garantizar este pago.

En los cheques turísticos hay un mandato puro y simple, dado por el emisor a sus agencias o a sus representantes, de hacer un pago al portador. Lo mismo puede decirse con respecto a la existencia de varios librados y de distintos lugares de pago, ya que en principio nada impide esta variedad, como intentaremos demostrar más adelante.

2.º Son meras cartas de crédito.

Algunos autores afirman rotundamente que se trata de simples cartas de crédito (49), y otros, como LANGLE (50) y CONDE (51), consideran que es una combinación del cheque ordinario y de la carta orden de crédito.

Las únicas semejanzas que, a nuestro juicio, presenta el cheque turístico con esta última están en ser medio apto para obtener dinero en poblaciones distintas y que las cantidades no utilizadas son reembolsadas por el emisor.

En contra de la semejanza hay que tener en cuenta que la carta de crédito, con un solo documento, se pueden recibir diversas prestaciones, mientras que con cada cheque sólo hay derecho a reclamar una determinada cantidad, y que la carta de crédito no es negociable, esto es, que no puede transmitirse en favor de otra persona, en tanto que los cheques sí son aptos para ser transmitidos. Esta fundamental distinción es recogida por CABRILLAC (52) cuando dice: "Se ha querido

(46) Ob. cit., pág. 629.

(47) RIBERT: *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. París, 1948; página 729.

(48) *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. 1951; pág. 557.

(49) Para el belga M. GUYSEN (*Le chèque*, I, n.º 83) el cheque turístico "parece constituer no un cheque propiamente dicho, sino más bien una carta de crédito".

(50) Ob. cit., pág. 476.

(51) Ob. cit., pág. 43.

(52) *Le Chèque et le virement*. Juris-Classeurs. París, 1949; pág. 111.

frecuentemente asimilar los travellers' cheks a la carta de crédito, pero se trata de títulos negociables que no parecen tener los caracteres comerciales del cheque”.

3.º Son verdaderos billetes de banco.

Esta teoría es la defendida por CONDE (53) cuando dice, al hablar de los cheques turísticos: “comportándose en sus efectos, con la auténtica promesa de pago que contiene y la reserva efectiva que lo respalda, como verdadero billete de banco”.

También la sostiene en Bélgica M. FONTAINE (54) al afirmar que el cheque de viaje es una especie de billete de banco internacional.

Por la función económica realizada por los cheques turísticos puede decirse que cumplen una misión similar a la de los billetes de banco, pero ello no autoriza a confundirlos con éstos (55), especialmente cuando la emisión del papel moneda se realiza por un único instituto de emisión y tiene el carácter de moneda legal de curso forzoso.

Las principales diferencias entre los cheques y los billetes de banco fueron acertadamente señaladas por DE SEMO (56), por lo que dándolas por reproducidas sólo añadiremos las siguientes:

a) El billete es emitido por el Estado, ya que la emisión de moneda corresponde a la función soberana de éste, cosa que no se contradice porque la emisión se haga por un banco (banco central o de emisión) en nombre de aquél.

b) El papel moneda tiene curso forzoso, por lo que es admitido como medio de pago por todo el mundo.

c) Los billetes funcionan siempre como títulos al portador.

d) El billete de banco es íntegramente emitido por éste, mientras que el cheque turístico no tiene valor alguno sin la cooperación activa (doble firma) del tomador.

e) El billete de banco, en su concepción clásica y cuando no tenía carácter de medio de pago legal y forzoso, era una promesa de pago, mientras que el cheque turístico es un mandato de pago.

f) Es totalmente impropcedente equiparar el precio que se da por los cheques a las reservas legales exigidas antiguamente como cobertura y garantía de los billetes de banco en circulación.

4.º Son títulos valores “sui generis”.

Los autores que sostienen esta postura parten de la unidad de concepto del cheque.

Entre ellos se encuentra M. PHILONENKO (57) y M. BASTIAN (58), quienes creen que todos y cada uno de los requisitos exigidos para los

(53) Ob. cit., pág. 36.

(54) NOVELLES: *Droit Commercial. II, le chèque*. núm. 23.

(55) Ya la sentencia de 3 de mayo de 1932 de la Cour de París (primera sala de lo civil) había afirmado terminantemente que los cheques turísticos son cheques y no simplemente órdenes de pago comparables a billetes de banco.

(56) *Diritto Cambiario*, Edit. Giuffré. Milano, 1953; pág. 103.

(57) Comentario a sentencia de la Cour de París. Sirey 1951. 3. pág. 137.

(58) *Semaine juridique*, 1941; pág. 1647.

cheques son indispensables, por lo que, de faltar alguno, no se estaría en presencia de un cheque, sino, a lo más, de un título valor distinto al que no podría aplicarse la reglamentación legal dada para aquél.

A nuestro entender, ésta es, entre las teorías negativas, la que tiene más verosimilitud, porque vendría a resolver todas las posibles discrepancias o variedades que existen entre los cheques clásicos y los turísticos, y de las que hemos de ocuparnos más adelante con algún detenimiento.

No obstante, rechazamos esta solución por excesivamente perezosa. En cuanto una institución no se acopla perfectamente a los moldes pre-establecidos, se acude al fácil expediente de calificarla de "sui generis".

Veamos primero si las variedades que presenta el cheque turístico con respecto al ordinario son o no sustanciales sin, por otra parte, llevar el propósito preconcebido de hacer encajar un título en el molde de otro, y de las conclusiones que obtengamos vendremos en conocimiento de la verdadera naturaleza de los cheques turísticos.

b) *Criterio positivo*

Frente a los criterios negativos expuestos en las páginas anteriores está la opinión, muy generalizada en los últimos años, de considerar que el cheque turístico es un verdadero cheque (59).

Aunque al hablar de las teorías negativas se ha hecho brevemente la crítica de cada una de ellas, parece oportuno insistir nuevamente en alguno de los criterios apuntados e intentar deshacer las objeciones que puedan presentarse para calificar el cheque turístico de verdadero cheque.

Para ello convendrá establecer un parangón entre esta modalidad y el esquema típico del cheque bancario.

Este último puede definirse en pocas palabras como título valor a la vista librado sobre una provisión de fondos disponible y de acuerdo con un convenio expreso o tácito (contrato de cheque) según el cual el librador puede disponer de dicha provisión por medio de cheques. En consecuencia, todo cheque supone, por una parte, la existencia previa de una provisión (60), y por otra, un derecho de disposición sobre ésta por medio de un título cambiario.

El que emite el cheque es el librador y, por tanto, la persona que tiene hecha la provisión (en cualquiera de sus posibles formas) y el derecho de disponer de ella por medio de cheques.

La persona que debe pagar el cheque a su presentación es el librado, esto es, el que ha recibido la referida provisión de fondos y está obligado a devolverla ante las órdenes del librador (los cheques).

(59) HAMEL, VALÉRY, BOTTERON, LEYSEN, FERRONNIERE, GRECO, COLAGROSSO, BECQUE, CABRILLAC.

(60) Esta relación entre el cheque y la provisión de fondos es fundamental en las legislaciones clásicas de tipo latino, pero no en el objetivismo abstracto de la ley alemana de 11 de marzo de 1908, que independizaba el cheque de toda relación externa al título.

Por último, existe como tercer elemento fundamental, de carácter personal, aquel a quien se da el cheque para que lo cobre, que recibe el nombre de tomador o beneficiario.

Si comparamos estas personas con las que entran en juego en un cheque turístico, veremos que la equiparación no es imposible, aunque sí difícil, por las razones que pasamos a considerar:

El vendedor del cheque turístico es el emisor y, por tanto, el librador, el que da la orden de que se pague, y el que debe tener hecha la necesaria provisión de fondos en poder del librado. No obstante, la mecánica de esta clase de títulos presenta determinadas modalidades que enturbian un poco la nitidez de las figuras y que ha sido causa de que algún autor (61) se haya equivocado asignando a las citadas personas características que no tienen.

La primera dificultad está en que *el librador no expide un título perfecto o completo*, sino que entrega un documento que no tendrá valor alguno (salvo para el reembolso en caso de no utilización) a no ser que el tomador ponga en el mismo, de modo repetido, su firma. El razonamiento que se hace es que si el librador sólo entrega un documento que no significa nada hasta que lo complete el tomador, no hace emisión de un título valor que, como su nombre indica, tiene o representa un valor desde el momento en que sale de sus manos. Esta intervención activa del tomador ha podido producir confusión, y el que se le considerara como verdadero librador o emisor, cosa totalmente distinta de la realidad. Se podrá decir que el librador emite un título incompleto, pero no se puede trasladar su carácter y atribuciones al tomador, que no hace más que cumplir un requisito o colaborar en la perfección del documento, y desde el momento en que los cheques en blanco están admitidos, como veremos posteriormente, no hay inconveniente en admitir la validez de los cheques turísticos porque en ellos haya de firmar, como requisito esencial, el tomador.

Otra dificultad surge en lo que afecta a la *provisión de fondos*. A primera vista pudiera parecer que el viajero, al comprar los cheques, proporciona o hace la oportuna provisión, y que dispone de dicha provisión por medio de los cheques que presentará al cobro ante el librado. Sin embargo, a nuestro entender, la situación es totalmente distinta. Si se admite que la provisión es hecha por el adquirente de los títulos tendríamos que éste era el librador, cosa inexacta, como acabamos de ver. A mayor abundamiento, los hechos demuestran que la provisión de fondos no la hace el tomador, o sea el viajero, sino el vendedor o librador, el cual da orden a una sucursal o a un corresponsal para que haga efectivos los cheques. Como se trata de sucursales o corresponsales no es preciso (tampoco lo es en las demás clases de cheques) que haya una real remesa de fondos, sino que exista una relación jurídica por la que el librado esté obligado a hacer el pago. El tomador compra, pero no gira un título valor. Está en la misma situación que el que en

(61) VAAST LEYSEN, Ob. cit., pág. 253.

cobro de un crédito recibe un cheque. La distinción se ve clara enfrentando al tomador con el librado. Si el primero hubiera hecho provisión de fondos resultaría que la había realizado en poder del librador y no en el del librado, cosa completamente anómala, ya que quien debe recibir la provisión para el pago de los cheques es el que ha de hacerlos efectivos (el librado). A esto se podrá objetar que el librador y el librado son una misma persona, ya que el último es dependiente del primero. Tal objeción debe ser rechazada de momento, sin perjuicio de considerarla más adelante, diciendo que de admitir esa tesis en absoluto el cheque turístico no sería cheque, ya que cuando el librador y librado son la misma persona estamos en presencia de un pagaré, pero no de un cheque.

Volviendo sobre la idea del enfrentamiento de tomador y el librado, veremos que la provisión de fondos no es efectuada por el primero, y que éste no es el librador, sino un tercero en la relación jurídica librador-librado.

La dificultad que presenta en algunos casos la posible *confusión entre librador y librado* es verdaderamente importante cuando la legislación aplicable en cada nación prohíbe la existencia de cheques al propio cargo. Tal sucede con la Ley uniforme de Ginebra y con todos los países que la han aceptado. Aparte de esto, es evidente que lo normal en los cheques es que el librador sea esencialmente un acreedor y el librado un deudor, por lo que si se gira al propio cargo o a cargo de un establecimiento que forma parte de la misma empresa, tales situaciones no pueden darse.

Para salvar esta dificultad se han buscado diversas soluciones, que pasamos a exponer:

Una de estas soluciones es acudir al fácil expediente de decir que los cheques turísticos son una excepción al principio general. Tal explicación podría admitirse cuando el legislador así lo ha manifestado expresamente, o cuando ha regulado los cheques turísticos, pero, a nuestro entender, es inadmisibles en los casos de silencio absoluto, ya que no se les podría aplicar la legislación general de cheques, por lo que tampoco se les podría dar este nombre y calificar de tales.

Otra de las soluciones buscadas para salvar el escollo que supone la posible confusión entre librador y librado, que aparece en algunos cheques turísticos, no en todos, es la de considerar que, aun tratándose de una misma persona que actúa como librador y librado, cada una de ellas tiene, económicamente hablando, entidad propia e independiente, como distintos establecimientos que son de una misma empresa, eso sin contar con el frecuente caso de corresponsales que mantienen empresas independientes, pero que están relacionados con el emisor por un convenio mediante el cual harán honor a los cheques expedidos por éste (62).

(62) Un caso clarísimo de esta total independencia entre librador y librado la tenemos en los cheques emitidos por el Aktiesselskabet y Kjobenhavns Handelsbank de Copenhague en moneda española contra la Central y Sucursales del Banco Hispano Americano.

De esta opinión es RODRÍGUEZ (63) cuando, no obstante comentar la ley mejicana, en la que se afirma rotundamente que los cheques de viajero son expedidos por el librador a su propio cargo, dice que “el cheque de viajero, aunque emitido por el propio girado, implica una dualidad de sujetos que si no tienen una realidad jurídica, sí la tienen, e indiscutible, desde el punto de vista económico”.

Hay que tener presente que de las discusiones mantenidas en Ginebra sobre este punto se aprecia claramente que la intención de los asistentes a la Conferencia, al introducir dicha prohibición en el texto de la ley uniforme sobre el cheque, estaba motivada por el hecho de que no se puede dar una orden o un mandato a sí mismo, estando de acuerdo, sin embargo, en reconocer que era preciso admitir el cheque sobre sí mismo siempre que se hiciera intervenir, en la realidad, a dos personas distintas, cosa que sucede en el caso de un cheque girado entre dos establecimientos de una misma empresa (64). Todos los delegados estimaron que era lógica y jurídicamente imposible darse una orden o mandato a sí mismos, pero, sin embargo, todos o casi todos se inclinaron ante el hecho del interés positivo de los cheques turísticos librados según la fórmula “entre establecimientos de un mismo negocio”, por lo que el artículo 6 admitió la validez de los mismos.

Como dice GARRIGUES (65), después de afirmar que los cheques a cargo del librador son más bien pagarés, “las exigencias de la realidad se han impuesto, una vez más, sobre los postulados doctrinales, en el sentido de permitir el cheque librado a cargo de la misma entidad libradora, cuando se hace entre la oficina principal o entre dos sucursales o agencias del mismo banco”.

En la mayor parte de los países, aun sin haber aceptado expresamente la reserva prevista al artículo 6.º de la Ley Uniforme de Ginebra, se viene reconociendo que en el caso de los cheques turísticos la posible relación o dependencia entre librador y librado no llega a una completa confusión, con lo que aquéllos no vulneran la referida prohibición.

A fin de evitar totalmente esta dificultad en los cheques turísticos emitidos por bancos españoles en francos franceses, se desdobra la posible unidad de la personalidad jurídica del librador y librado al ser girado el cheque por la entidad principal o servicio de extranjero de la misma, con cargo a una de sus sucursales o agencias.

Se ha querido también rechazar el carácter de cheque a estos títulos afirmando que *no hay en ellos un mandato puro y simple de pagar* una cantidad de dinero. Tal objeción carece de fundamento, ya que según han declarado los Tribunales franceses (66) la mención “payez ce chèque en l'imputant sur notre crédit a l'ordre de” u otra similar incluida

(63) Ob. cit., pág. 200.

(64) “Banque”. 1951; pág. 327.

(65) Ob. cit., T. II, pág. 629.

(66) Cour d'Appel de París, 8 de noviembre 1950, comentada en la revista “Banque”. 1951; pág. 573.

en el texto de los cheques turísticos, no lleva aparejada ninguna condición de reserva, de donde se deduce que contienen un mandato puro y simple de pagar a la vista la suma de dinero determinada en el título.

Hemos visto en páginas anteriores que uno de los argumentos empleados para negar a los cheques turísticos la calidad de cheques era la *pluralidad de librados* que puede existir en ellos. Hace años, los autores alemanes se inclinaban por negar la validez de los cheques dirigidos a varios librados, alegando que ello contradecía las exigencias de rapidez en el pago del cheque y de sencillez en su mecanismo (67). También algunos autores franceses eran de esta opinión, ya que sostenían que una orden dirigida de manera alternativa a dos librados, o de una manera sucesiva a dos o varios librados, no es un cheque, sino un billete a la orden, emitido por un banco, sea sobre sus sucursales, sea sobre sus corresponsales (68).

Las razones aducidas por los autores alemanes (69) carecen de valor en su aplicación a los cheques turísticos, ya que esa pluralidad de librados tiene precisamente la ventaja de hacer más rápido el pago del cheque y aumentar la sencillez de su mecanismo, al menos en lo que a su tenedor corresponde.

Con respecto a los reparos opuestos antiguamente por algún sector de la doctrina francesa, bastará decir que a tenor de la Ley Uniforme de Ginebra, que ha sido incorporada al Derecho francés por el repetidamente citado Decreto-Ley de 1935, es perfectamente posible girar cheques sobre varios librados.

En Derecho español no parece haya inconveniente alguno para admitir la variedad de librados, ya que no hay ninguna disposición que lo prohíba, y la designación singular que hace el artículo 535 del librador no obliga a una interpretación de carácter restrictivo (70).

Otra objeción que podría hacerse sobre el carácter de verdadero cheque atribuido al turístico, es que éste tiene *diferentes lugares de pago* no determinados en el título.

Ello no parece obstáculo alguno para considerarle como cheque, pues como decía HAMEL (71), "nada impide de hecho la pluralidad de lugares de pago de un cheque". Tal criterio ha sido confirmado por la jurisprudencia francesa al decir que si bien es cierto que los cheques turísticos son girados contra todas las agencias del emisor, sin precisarse establecimiento pagador determinado, ello les confiere cierta analogía con los títulos a la orden y cruzados emitidos bajo su firma, en 1916, por la Banque de France, bajo la denominación de "cheques circulares" pagaderos indistintamente en todas sus oficinas o en su sede, y no permite colocarlos como fuera de lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 6 del Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935,

(67) GARRIGUES, Ob. cit., vol. II, pág. 626.

(68) BOUTERON, *Le Chèque*. París Dalloz. 1924; pág. 160.

(69) BREIT, *Kommentar zum deutschen Scheckgesetz*. Berlín, 1929; pág. 117.

(70) GARRIGUES, Ob. cit., pág. 626.

(71) Ob. cit., pág. 973.

por el que se hace una excepción en favor de los cheques girados en el interior de una misma unidad bancaria, al principio general contenido en el primer párrafo de dicho artículo.

Surge aún otra dificultad para la equiparación propuesta cuando, como en el caso de Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Italia, México y Portugal antes de la Ley Uniforme de Ginebra y los países que han incorporado ésta a su legislación nacional, se establece (72) que los cheques no pueden ser *librados más que sobre un banquero* y que los títulos librados sobre cualquier otra persona de las enumeradas por la ley no son cheques. Naturalmente, ésta es una objeción que sólo puede tener valor en los países donde tal prohibición exista, pero aun en ellos el concepto de banquero es de gran amplitud (73) y el criterio jurisprudencial ha admitido la validez de los cheques aun cuando el librado no sea banquero.

Esta objeción no puede esgrimirse en nuestra patria, ya que el legislador español, siguiendo lo hecho por el francés en 1865, no dió al cheque el carácter de título exclusivamente bancario que tenía, por ejemplo, en Inglaterra. Al no exigirse que el librado haya de ser precisamente un banquero, aunque esto suponga olvido del origen bancario del cheque reconocido en la propia Exposición de Motivos (74) del Código de Comercio, queda patente que las agencias de viajes, como cualquier otra persona o entidad pueden ser libradoras de un cheque.

Desde el punto de vista español, creemos se trata de verdaderos cheques, ya que encajan en la definición que de éstos da el artículo 534 del Código de Comercio. "Es un documento que permite al librador (Agencia de Viajes o Banco que los emite) retirar, en su provecho o en el de un tercero (el adquirente de los cheques) todos o parte de los fondos que tiene disponibles en favor del librado (sucursal o corresponsal)."

Ya veremos, al tratar de los requisitos de los cheques turísticos que, aun no reuniendo exactamente todas las menciones establecidas en el artículo 535, no por esto pierden el carácter de verdaderos cheques, pues los datos que en ellos puedan faltar o están sobrentendidos o quedan suficientemente sustituidos.

Esto tiene especial importancia, pues según opinión unánime de la doctrina española, la falta de alguno de los caracteres o requisitos esenciales contenidos en el artículo citado hace perder al título el carácter de documento mercantil, convirtiéndose en un simple documento de giro privado de efectos cambiarios ya que al no contar con el especial amparo de la legislación mercantil quedaría convertido en una mera obligación civil regida por el Derecho común.

(72) Art. 3.º de la Ley uniforme de Ginebra.

(73) Ley francesa de 14 febrero 1942, modificando el artículo 3 del Decreto de 30 octubre 1935, autoriza a toda empresa o persona inscrita en el Comité de Organización de Bancos.

(74) GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid, 1955; página 606.

Por todas las cuestiones planteadas puede apreciarse que los cheques turísticos presentan innegable originalidad y que la determinación exacta de su naturaleza jurídica puede dar lugar a controversias, pero que, por las razones expuestas, es evidente se trata de un mandato de pago a la vista, que sirve para retirar fondos; que tiene la apariencia externa de un cheque; que lleva este nombre en su texto; que son creados por el librador como cheques y universalmente admitidos y reconocidos como tales (75).

A nuestro juicio, la originalidad del cheque turístico con respecto al ordinario está en los siguientes rasgos:

1.º Mientras el cheque bancario es una orden de pago dada por el cliente al banco, en el cheque turístico es el propio banco el que da la orden a sus oficinas, sucursales o corresponsales, de pagar una suma al poseedor del título.

2.º El cheque ordinario es un medio de percepción de dinero; el turístico es un medio de circulación del dinero de un lugar a otro.

3.º El cheque turístico puede hacerse efectivo en diferentes lugares, mientras el normal sólo tiene un lugar de pago. Por esta razón en los primeros no suele constar el nombre y domicilio del librado.

4.º Los cheques ordinarios tienen normalmente por librado a un banco, mientras los turísticos tienen con tal carácter, en la mayor parte de los casos, una agencia de viajes.

5.º La perfección de los cheques turísticos requiere la intervención personal del tomador mediante la estampación de su firma dos veces.

6.º La vida del cheque turístico es mucho más dilatada que la del normal.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que los cheques turísticos, en cuanto a su naturaleza jurídica, pueden, sin violencia, ser calificados de cheques aunque presentan ciertas variedades con respecto a los comunes en el tráfico bancario, por lo que deben ser considerados como cheques "sui generis".

IV. REQUISITOS EXTRINSECOS

Convendrá que antes de entrar en el examen particular de cada uno de los requisitos extrínsecos de los cheques turísticos digamos algo sobre su forma externa y reproduzcamos algunos modelos de los tipos más usados.

En cuanto a su aspecto exterior, son enteramente semejantes a los cheques ordinarios, las dimensiones son las habituales para éstos y el papel lleva filigrana y dibujos, a fin de evitar, en lo posible, falsificaciones.

Son facilitados por el banco emisor en talonarios, y entregados, normalmente, en unas carteritas especiales en las que van unas ins-

(75) Crim, 9 octubre 1940; Dalloz, 1941, 29; Sirey, 1942, I, 149; nota HUGUENEY, J. C. P., 1941, n.º 1.647, nota BASTIAN. Comp. París, 17 julio 1936; Dalloz, 1936; pág. 498.

trucciones, la relación de oficinas y localidades en que pueden hacerse efectivos y un papel rayado para anotar en él las personas y fechas de entrega de cada cheque.

A) FORMA

Reproducimos a continuación dos modelos de cheque turístico: uno de procedencia americana y otro inglesa:

1.º *Modelo de la American Express Company.*

U. S. DOLLAR TRAVELERS CHEQUE	L,300,000.00
When countersigned below with	Cipher Cipher
this signature	Before cashing write here
	city and date

AMERICAN EXPRESS COMPANY

At its paying agencies

Pay this Cheque from our	_____ \$ 20.00
Balance to the order of	in all other countries
in United States	At current buying rate
TWENTY DOLLARS	for Bankers' Cheques on
Countersign here in presence of	New York
person cashing	

(firma del Tesorero de la Compañía)

This Cheque is redeemable only at the Company's Offices and Bankers in United States

2.º *Modelo inglés (76).*

TRAVELLER'S CHEQUE

Payable within twelve months from

Date 19.....

£ 5

Nº

Drawer's Endorsement

(To be signed in the presence of Paying Agent)

..... Bank, Limited
London, E.C.3

2 d.

Pay Self or Order Five pounds.

or, if abroad, the equivalent at current rates of exchange

Signature of Drawer

..... Manager Branch

Witness to Signature of Drawer

(76) Publicada por SHELDON, H. P., en "The Practice and Law of Banking", 1949. London, pág. 171.

Todo banco o agencia de viajes que se dedique a la emisión de cheques turísticos deberá comunicar periódicamente a sus sucursales, agencias o corresponsables, no sólo la forma, tamaño, colores e inscripciones que llevarán los cheques, cosa que podrá hacer remitiendo un "specimen", sino también todas las contraseñas y medidas de seguridad que adopte, tanto para su impresión como para su expedición. Las más frecuentes suelen ser: clase especial de papel, filigrana al agua del mismo, clases de tintas empleadas, marcas especiales, etc.

Gracias a estas medidas precautorias se garantiza, en lo posible, la legitimidad de los títulos, dando con ellas seguridad tanto al banco o agencias emisoras como a las oficinas que han de hacerlos efectivos.

B) MENCIONES OBLIGATORIAS Y POTESTATIVAS

No debe darse un carácter absoluto a la distinción entre requisitos extrínsecos o menciones obligatorias y facultativas. Hay varias razones para que tal distinción no pueda ser completamente tajante. En primer lugar, el carácter de dichas menciones deriva únicamente de lo establecido por el legislador en cada nación. Serán requisitos formales obligatorios de los cheques aquellos que en una determinada nación se exijan por el legislador con carácter necesario y que, de no existir, harían perder al cheque su carácter de tal. De aquí la imposibilidad de fijar con carácter general y válido para todas las naciones cuáles son esos requisitos.

Tampoco servirá el examinar todas las clases de cheques turísticos en circulación y tomar de ellos aquellas menciones que aparecen unánimemente en ellos, pues, como ya se indicó, las variedades son muy numerosas y aun la naturaleza jurídica del título es discutida equiparándola en ocasiones a unas u otras clases de títulos valores.

Otra razón es que la falta de requisitos estimados normalmente como esenciales no produce siempre la nulidad del título y ni siquiera la descalificación mercantil o cambiaria del mismo.

Teniendo en cuenta estas razones, consideramos como menciones obligatorias o esenciales aquellas que normalmente aparecen en los cheques turísticos, y potestativas las que sólo como excepción se encuentran en ellos y que no alteran la naturaleza jurídica del título.

Cada cheque turístico suele contener las siguientes menciones, que estudiaremos a continuación con algún detenimiento:

- a) Denominación de cheque turístico.
- b) Número.
- c) Orden de pagar a la vista.
- d) Cantidad a pagar en cifra redonda.
- e) Firma del representante de la empresa emisora y designación de ésta.
- f) Doble firma del tomador.
- g) Lugar y fecha de la emisión.

Aparte de estas menciones comunes a todo cheque turístico, pueden colocarse otras, como son:

- 1.º La cláusula "a la orden".
- 2.º Fecha o plazo de validez.
- 3.º Mención de los bancos o agencias de viajes ante quienes puede presentarse al cobro.
- 4.º Cláusula de intransferibilidad.

a) *Denominación específica*

Desde que aparecieron en el mercado estos cheques se ha venido considerando esencial que conste en los mismos su nombre específico, y así hemos visto sucede en los modelos reproducidos, que son los de mayor uso en el mundo.

Tal cosa tiene su explicación en que desde la Ley Uniforme de Ginebra se considera como requisito esencial de los cheques ordinarios que conste en ellos la denominación de cheque. Dicha prescripción se debe, al igual que en la letra de cambio, a un criterio formalista mediante el cual el legislador ha querido distinguir estos documentos de cualesquiera otros mandatos de pago, precisando, gracias a dicho nombre, las responsabilidades cambiarias y los efectos que produce en relación con todos aquellos que firman en el mismo y evitando así posibles confusiones.

Cosa análoga sucede en Italia con los cheques circulares, los cuales deben llevar este nombre impreso en los mismos, de modo obligatorio; en los cheques de viajero de México, en los usados por los bancos franceses, etc.

Si faltara su denominación precisa, aun exigiéndose por la ley (77), no parece que el cheque pierda su carácter y valor. La Cour de Cassation de París (78), tratando de la emisión de cheques ordinarios sin provisión, ha establecido que la ausencia de la palabra "chèque" sobre el título no impide la condenación si ha sido emitido y recibido como cheque (79).

En legislaciones como la española, en las que tal mención no es obligatoria, no hay duda alguna en admitir la regularidad de los cheques aunque en ellos no conste su nombre. No obstante, por el criterio formalista imperante y por las ventajas que de ello se derivarían, es de aconsejar que cuando se regule esta materia se exija dicha mención.

Ya los cheques turísticos emitidos por bancos españoles en el extranjero llevan tal mención en el idioma en que son redactados, con

(77) Aun antes de la Ley Uniforme de Ginebra ya exigían la palabra cheque impresa en el título las legislaciones de Alemania, Austria, Brasil, Dinamarca, Noruega, Suecia y Suiza.

(78) Crim. 9 octubre 1949, Sirey 1942, 1, p. 149.

(79) Téngase en cuenta que el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 al incorporar al derecho francés la Ley Uniforme de Ginebra, recoge las menciones obligatorias contenidas en el art. 1.º de ésta, entre las que se encuentra la específica mención del título.

carácter general. Requisito que se puede explicar no sólo por ser esencial a la validez del título en el país en que se emita, sino también por la unánime utilización del nombre específico en esta clase de títulos en todos los países.

b) *Número de orden*

Casi todos los cheques de carácter bancario llevan la oportuna numeración a efectos de control e identificación. Por iguales razones y aun con mayor motivo, pues se trata de títulos emitidos en serie, los cheques turísticos suelen llevar letras y números para identificarlos, poder saber quién es su beneficiario, número de cheques entregados a éste o cantidad de los emitidos durante una determinada época, cheques en circulación, etc., y especialmente para, en caso de pérdida o robo, poder dar las órdenes oportunas a fin de que no sean pagados.

c) *Orden de pago a la vista*

También consustancial a esta clase de títulos-valores, como a todos los cheques clásicos, es el ser pagaderos a la vista, por lo que, o consta en ellos la oportuna cláusula o, al no ponerse ninguna, queda sobrentendido que han de hacerse efectivos a su presentación, sin que quepa aplazamiento de ninguna clase.

d) *Cantidad a pagar*

Según se ha indicado anteriormente, una de las características de los cheques turísticos con respecto a los normales es que la cuantía de los primeros es una cifra redonda que va impresa. Ordinariamente cada talonario se compone de varios cheques, todos ellos de igual valor.

Las cifras más comunes son: en Norteamérica, de 5, 10, 20, 50 y 100 dólares; en Inglaterra, de £ 5, £ 10, £ 20; en Francia, de 1.000, 5.000 y 10.000 francos; en México, múltiplos de cinco pesos, siendo los de cien los de mayor valor emitidos; de 250, 500, 1.000, 2.000 y 2.500 pesetas, los emitidos por bancos españoles en el extranjero, etc.

Una gran ventaja de que la cifra vaya impresa es el evitar con ello posibles falsificaciones de la cantidad a pagar.

Como señala GAY DE MONTELLA (80), los documentos conocidos con los nombres de Money Orders, Circular Checks, Limited Checks, Mandats de voyage y Vaglia Cambiaria se asemejan al Cheque Turístico precisamente en que representan importes fijos de divisas estampados al margen del documento y pagaderos por los corresponsales del banco emisor.

El número 2 del artículo 1.º de la Ley Uniforme exige que en el cheque conste "la suma o cantidad", pero no precisa si ha de marcarse en letra o en número. Por el contrario, según el artículo 535 del Código

(80) Tratado de la Legislación Bancaria Española. Edit. Bosch, Barcelona. 1953. Tomo II, pág. 204.

de Comercio español, es obligatorio que la cantidad importe del cheque aparezca en letra.

En la práctica, todos los cheques turísticos llevan impreso, una vez en letra y varias veces en guarismos, su valor.

El que adquiere uno o varios cheques o uno o varios talonarios, habrá de pagar no sólo la suma total del nominal, sino, además, una pequeña cantidad en concepto de remuneración al emisor y sus agentes de venta, por el valor material de los documentos, por los servicios que prestan y por el riesgo que corren (81).

e) *Nombre y firma del librador*

El librador viene designado en el título, ya que ordinariamente consta su nombre impreso en el mismo. Para comprometerle no basta la mención del nombre en la forma indicada, sino que, además, ha de constar la firma de su representante legal o persona suficientemente capacitada para actuar en su nombre y obligarle a esta clase de negocios, que suele ser el tesorero (treasurer). La firma de éste puede ser puesta en facsímil.

Para conseguir un perfecto control de pagos, y en beneficio tanto del banco emisor como de la entidad pagadora y con el fin de evitar cualquier posible falsedad en la expedición y circulación del cheque de viajeros, el facsímil de las firmas que lo autorizan ha debido ser previamente dado a conocer en comunicación circular por el banco que lo emite, y a cuyo cargo circula el cheque, a los bancos, sucursales, agencias, compañías y empresas que, dentro de las normas generales establecidas, puedan atender a la negociación de este documento en los diversos países autorizados para su pago (82).

Otra medida de precaución es poner en los cheques el sello, bien en tinta o en seco, de la entidad emisora, a fin de garantizar aún más al emisor y al pagador contra posibles falsificaciones.

f) *Doble firma del tomador*

Ya se ha dicho que el tomador es quien recibe el talonario de cheques a cambio de determinada cantidad de dinero; quien firma cada cheque al hacerse cargo de aquél, y quien ha de volver a firmar al cobrarlo o al transmitirlo a un tercero.

La designación del tomador consiste, pues, en la firma inicial que estampa, al adquirir los cheques, en el ángulo superior izquierdo. La segunda firma, colocada al pie de los mismos, es sólo un requisito de comprobación de que quien los presenta al cobro es la misma persona, o que su beneficiario se ha desprendido de ellos poniéndolos en circulación. La doble firma es actualmente un requisito esencial impuesto

(81) En Norteamérica por cheques representando 100 dólares se cobran sólo 75 centavos

(82) CONDE, Ob cit., pág. 63.

como garantía objetiva (83), habiendo perdido su primitiva finalidad, ya que, como afirma COLAGROSSO (84), la estampación de la segunda firma ha sido sustituida por la existencia de la misma en dicho momento, cosa que ha contribuido a facilitar la transmisión del cheque. La primitiva condición se ha transformado en objetiva, perdiendo su carácter de personal, cuando la segunda firma ha sido estampada durante la negociación.

Esta segunda firma tiene trascendentalísima importancia, puesto que hasta su estampación el título está incompleto. Ello es, como se ha dicho anteriormente, una anomalía con respecto a los demás títulos valores, los cuales salen de manos del librador completos, y no le es dado al tomador variarlos o completarlos (excepto el caso del cheque en blanco) ni incorporar ninguna inscripción al mismo (salvo la cláusula de endoso en los librados a la orden).

De lo dicho en los párrafos anteriores resulta que el comprador de los cheques es lo que en términos bancarios se llama tomador, pero su configuración jurídica es especialísima y ciertamente distinta a la de un tomador normal.

En los cheques ordinarios el tomador al recibir el cheque, no tiene más obligación que la de presentarlo al cobro en los breves plazos que señalan las legislaciones mercantiles, el de protestarlo por falta de pago y el de poner en él, si así lo exigen, el "recibí", pero el tomador de un cheque turístico juega, como dice VAASST LEYSEN (85), un papel esencial en la creación del título, sin poder ser calificado de participante en el mismo en el sentido jurídico de la palabra.

No hay ningún inconveniente en que además, nunca en sustitución de doble firma, aparezca el nombre del tomador, puesto por el librador. Ello no desvirtuaría el título, sino que contribuiría, aún más, a la seguridad del mismo facilitando un medio complementario de identificación en el caso de que la firma sea ilegible. Insistimos en que esta mención no es esencial y que aun la utilidad consignada puede obtenerse igualmente sin más que comparar las firmas con las de otro documento legítimo, en que conste la del tomador.

Lo mismo podemos decir de la costumbre seguida por algunos bancos de hacer constar en el cheque el número del pasaporte del tenedor.

g) *Expresión del lugar y fecha de emisión*

A nuestro entender, la expresión del lugar y fecha de emisión de los cheques turísticos es una mención esencial, lo cual no quiere decir que, como veremos inmediatamente, cuando se omitan esos datos haya que considerar al título desprovisto de toda validez.

En realidad, los cheques de turismo en circulación llevan, al menos todos los que hemos visto, la indicación del lugar y fecha de emisión,

(83) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 476.

(84) *Ob. cit.*, pág. 151.

(85) *Ob. cit.*, pág. 248.

bien en el anverso, bien en el reverso, escrita a mano o por medio de un fechador y una estampilla.

Ambas indicaciones tienen especial trascendencia jurídica para determinar fácilmente qué establecimiento de la empresa ha sido el emisor y para conocer el momento de emisión, dato fundamental para poder calcular la fecha de caducidad si ha sido girado a un plazo determinado y, en todo caso, para poder fijar exactamente el momento de su prescripción.

La Ley Uniforme de Ginebra (86) exige expresamente la mención de ambos datos para los cheques ordinarios.

Nuestro Código de Comercio pide no sólo que conste la fecha, sino que ésta se exprese necesariamente en letra (87). No obstante, la práctica ha venido estableciendo que sólo se ponga en letra el día y el mes, pero no el año.

¿Qué sucede cuando esos datos faltan?

La jurisprudencia francesa, en sentencia ya citada (88), dice que si, efectivamente, falta la indicación de la fecha y el lugar de emisión en un *travelers-check* desde su entrega en la taquilla de la banca emisora, y no ha sido colocada antes de presentarle a su cobro, ello sería insuficiente para hurtar a estos medios de pago la calificación de cheque.

Tal sentencia nos parece acertadísima, máxime cuando el artículo 64 de la Ley de 30 de octubre de 1935 (Francia) se enfrenta con la posibilidad de cheques sin lugar y fecha de emisión y, entonces, no les niega el carácter de cheques, sino que impone una multa al librador.

En otras ocasiones, y refiriéndose a condenas por emisión de cheques sin provisión (89), ya habían establecido los tribunales franceses que la ausencia de la fecha de emisión no privaba al título de su carácter de cheque. A mayor abundamiento, una sentencia del Tribunal de Comercio del Sena (90) aceptó, no en el orden penal, sino en el comercial, que un cheque sin mención del lugar de emisión no debe ser considerado como irregular.

Hemos visto que los cheques turísticos deben llevar el lugar y fecha de la emisión y que hay casos en que se emiten sin estos datos, sin que por ello pierdan validez. Ahora debemos enfrentarnos con un caso especial, que es el de la aparición de dos fechas distintas en un mismo cheque.

Citaremos como ejemplo los cheques turísticos emitidos por el Banco de Bilbao, de París. En ellos aparecen las siguientes menciones: "Negotiable pendant un an a partir du..." y, bajo una línea de puntos,

(86) Número 5 del art. 10.

(87) Esta prescripción, contenida en el art. 535 del Código de Comercio, parece tuvo su origen en la ley francesa de 19 febrero de 1874, que exigía la fecha con todas las letras y escrita por la misma mano que suscribía el cheque.

(88) Cour d'Appel, París, 8 noviembre 1950.

(89) Crim. 3 mayo 1939, Gazette du Palais, 1939, 2 p. 247, y Tribunal Correctionnel de Chaumont, 25 octubre 1938, Gazette du Palais, 1938, 2 p. 883.

(90) De fecha 6 de febrero de 1948, publicada en Semaine Juridique, 1948; página 4402, con nota del prof. CABRILLAC.

“(Lieu et date à porter par le bénéficiaire)”. ¿Cuál es el significado de ambas fechas? Si fueran coincidentes no habría problema alguno, pero la dificultad se presenta en el caso de disparidad, que es el supuesto normal, ya que en otro caso no tendría sentido dicha duplicidad.

A nuestro entender, la fecha válida para contar la vigencia del título es la primera, pues los mismos términos en que está redactada así lo determinan. La segunda sirve para acreditar la fecha en que el título es entregado, y actúa como fecha de recibí del título, de ahí que tenga que ser puesta por el beneficiario.

Podría darse otra interpretación a esa dualidad de fechas, y es que la primera se considerase como la fecha de entrega del título y que sirve para contar el plazo de efectividad del mismo, y la segunda como fecha en que el beneficiario se desprende del título en favor del pagador o de un tercero. Nos parece poco acertada esta suposición, porque, además, el sitio para estamparla está al lado del lugar en que debe ponerse la primera firma al recibir el título y no en la parte inferior al costado de la segunda firma, como sería lo lógico si su función fuera completar la transmisión que se hace gracias a ésta. No excluimos la posibilidad de que pueda acreditar que el cheque se ha presentado al cobro o se ha negociado antes de la expiración del plazo que marca la fecha impuesta por el banco, de tal forma que si llega a manos del librado con posterioridad a ésta se pueda demostrar que se puso en circulación anteriormente.

Aun pudiera sustentarse otra explicación diciendo que la fecha puesta por el banco es la de creación del título, y la estampada por el tomador la de emisión del mismo.

Aparte de lo difícil y artificial que resulta separar esos dos momentos de creación y emisión del mismo título, creemos que en el caso considerado ello no tiene utilidad alguna, dado que el plazo empieza a contar, no desde la segunda, sino desde la primera fecha.

Rechazando o, al menos, poniendo en tela de juicio estas interpretaciones queda saber cuál es la utilidad de las dos fechas consignadas. A nuestro entender, es el poder alargar la vigencia del título por encima del año, a partir de la fecha de su entrega. Supongamos que el banco pone: “Negociable durante un año a partir del 1.º de agosto de 1956”, y que el beneficiario escribe: “París, 15 de julio de 1956”. Con tales datos es evidente que el beneficiario no podrá negociar el cheque hasta el 1.º de agosto, pero también es cierto que le será útil no sólo durante un año desde que lo recibe (hasta el 15 de julio de 1957), sino quince días más (hasta el 1.º de agosto de 1957).

En este supuesto resultaría que la fecha de emisión (que es la puesta por el librador) no es exacta, ya que no corresponde a la verdadera fecha en que el título es entregado. Se trataría, pues, de un caso de cheque postdatado, cosa que, como veremos más adelante, no hay ningún inconveniente en admitir.

h) *Cláusulas potestativas*

Al referirnos a las menciones obligatorias que deben contener los cheques turísticos se ha hecho referencia a alguna de las cláusulas que pueden incluirse en los mismos sin desvirtuar su propia naturaleza. Ahora hemos de estudiar otras que presentan análogo carácter.

a') *Cláusula "a la orden"*.

En los modelos reproducidos anteriormente aparecen las fórmulas "pay this cheque from our Balance to the order" y "pay Self or Order". Pueden interpretarse estas cláusulas como simple designación de que debe pagarse al tenedor del título cuando éste lo ordene, pero también cabe perfectamente el considerar que con ellas se quiere dar a los cheques el carácter de títulos a la orden transmisibles por endoso.

Teniendo en cuenta la forma práctica de transmitirse estos títulos, de que se hablará después, nos inclinamos a admitir con preferencia la primera acepción, especialmente cuando se trata de cheques emitidos en países anglosajones.

Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad de que los cheques turísticos sean expedidos a la orden en el sentido que a esta fórmula se atribuye en las legislaciones latinas.

b') *Fecha o plazo de validez.*

También en uno de los modelos reproducidos, el inglés, aparece una cláusula importante, que es la siguiente: "Payable within twelve months from...", con lo que se determina un plazo de validez del cheque dentro del cual ha de presentarse al cobro.

Esta mención, que no puede considerarse como imprescindible, es sin embargo muy útil para evitar posteriormente discusiones sobre la caducidad del título.

c') *Designación del librado.*

El librado, a quien en la fórmula americana reproducida se le da el nombre de "person cashing", es el obligado al pago y, en la concepción original, la persona que recibe el cheque en el momento en que la emisión es perfecta (estampación de la segunda firma).

Dado que, jurídicamente hablando, en muchos casos el librador es a la vez librado, no se requiere mención expresa de este último, pues basta conocer el nombre de la empresa para saber que sus oficinas lo abonarán (paying agencies). De ahí que no se haga designación del librado en el cheque, pues, como acertadamente señala HAMPEL (91), el librado no está individualmente designado en el título: todas las sucursales del librador y todos sus corresponsales son aptos para jugar este papel, pero ello no significa que todos los establecimientos de la empresa tengan obligación de pagar los cheques, sino que en éstos puede limitarse a las de un determinado país, una categoría especial, determinada área económica, etc. Prueba de esto la tenemos en el che-

(91) *Banques et Operations de banque*. París, 1933, tomo I, pág. 973.

que reproducido de la American Express Company cuando dice: "This Cheque is redeemable only at the Company's Offices and Bankers in United States".

Aparte de la voluntad del librado para reducir el número de oficinas pagaderas, están las normas sobre circulación de divisas que, un en contra de aquél, imponen serias y graves restricciones a la libre negociabilidad de los cheques turísticos en el extranjero.

Como señala CONDE (92), las actuales circunstancias y las disposiciones económicas y políticas de índole restrictiva adoptadas en todos los países, han influido de forma directa en la autonomía circulatoria del cheque de viaje modificando alguna de sus peculiares cualidades y anteriores características, y sacrificando esta independencia teórica a la finalidad práctica de la política, con el fin de contribuir al deseado equilibrio en la estabilización económica.

A causa de las restricciones impuestas para la importación, exportación y cambio de divisas, los cheques turísticos han de emitirse y transmitirse de acuerdo con la legislación sobre divisas, y ello hace que queden sometidos a las oficinas de cambios; que no puedan emitirse con plena libertad, y que sus posibles lugares de pago, teóricamente ilimitados, queden frecuentemente reducidos a una sola nación o a una sola área económica, y de ahí la necesidad de que en ellos se haga constar cuáles son las oficinas exclusivamente obligadas a su pago (93).

Normalmente, al tomador de cheques turísticos le entrega la oficina emisora una lista en la que se consignan todos los establecimientos que en cada ciudad los harán efectivos. Por tanto, es un documento aparte donde se da esta información, que no puede ser reputada de verdadera designación del librado.

Ahora bien, nada impide que si el emisor lo desea haga constar en el reverso, y aun en el auverso, la designación de esos posibles lugares y oficinas de pago.

d') Cláusula de intransferibilidad.

El emisor de cheques turísticos puede desear, por razones que no es preciso enumerar, que tales títulos sólo sean pagados al primer tomador. Esto es, que no pasen a manos de terceras personas, sino que se le abonen al mismo que lo recibió al ser librados.

Teóricamente, si el usuario de los cheques debe estampar la segunda firma en presencia del librado pagador, parece que todos los cheques turísticos son intransferibles, pero la realidad es muy distinta, ya que la práctica ha venido admitiendo que el cheque sea pagado a cualquier portador sin más que la exacta correspondencia de las dos firmas del primer tomador.

(92) Ob. cit., pág. 59.

(93) Por ejemplo, los cheques de viaje emitidos en Francia no son negociables en España más que cuando en ellos consta así de manera expresa, sea cual fuera la nacionalidad del banco emisor o del que aparezca como librado. (Instrucción núm. 387 de la Office des Changes.)

Aparte está el caso de los cheques a la orden, que pueden hacerse efectivos por el tomador o por persona que éste designe a través del endoso (expreso o presunto).

Teniendo en cuenta estas razones y en el caso improbable de que el emisor quisiera dar a los cheques el carácter de intransferibles (con ello perderían gran parte de su utilidad), habría de poner una cláusula expresa prohibiendo su transmisión; cláusula que, a nuestro entender, es perfectamente aceptable y válida.

C) TIMBRE

Los legisladores extranjeros al considerar que los cheques turísticos son títulos a cargo del propio librador, han venido reconociendo la exención del impuesto del Timbre para los mismos.

Sin embargo, hay excepciones a esto, como en el caso de Inglaterra, según puede apreciarse por el modelo que hemos reproducido.

En España a tenor de la Ley del Timbre de 14 de abril de 1955, creemos deben distinguirse los cheques expedidos contra entidades bancarias de aquellos otros a pagar por agencias de viajes (94). Los primeros llevarán timbre gradual, sirviendo de base la mitad de su cuantía, según la escala que corresponde a los documentos de crédito y giro (núm. 11 de la Tarifa) cuando se trate de cheques turísticos nominativos o al portador.

Los no girados contra un establecimiento bancario, también nominativos o al portador, llevarán, asimismo, timbre gradual, pero según el número 13 de la Tarifa.

Entendemos que esta diferencia no tiene razón de ser, y si existe es por no haberse tenido en cuenta los cheques turísticos al redactar la ley. A nuestro juicio, aparte de reglamentarse el cheque turístico en la legislación mercantil, debería darse una disposición aclaratoria del Ministerio de Hacienda a la Ley del Timbre, pues con las actuales disposiciones se llega al absurdo de que un cheque turístico por valor de 6.000 pesetas pagaría de timbre 6 pesetas si fuera librado contra un establecimiento bancario, y sólo 0,50 si lo fuera contra una agencia de viajes.

Si se trata de cheques turísticos a la orden, el gravamen es muy elevado, ya que pagarán según el número 11 de la Tarifa (95); pero si su vencimiento excede de noventa días (cosa habitual en esta clase de documentos mercantiles) "se extenderán en el efecto timbrado de la clase inmediatamente superior a la que corresponda su cuantía, y si fuera de la clase primera llevarán timbre doble" (96). La incorrección de este párrafo es evidente, ya que sólo las letras de cambio, libranzas y pagarés a la orden deben extenderse en papel timbrado, pero no los cheques de cualquier clase que sean.

(94) Art. 32 del texto refundido de 3 de marzo de 1960.

(95) Art. 18, párrafo primero.

(96) Art. 18. párrafo cuarto.

Interpretando únicamente que el reintegro del cheque turístico debería ser del número siguiente de la Tarifa, tendríamos que uno por valor de 6.000 pesetas y vencimiento de seis meses, debería ser reintegrado con 30 pesetas.

Tales inconvenientes harían casi imposible el uso de los cheques turísticos en España, por lo que procede sean considerados y regulados teniendo en cuenta su peculiar función cambiaria y circulatoria dentro del ámbito económico.

V. CLASES Y VARIEDADES

Es clásica la división de los títulos valores, especialmente la de los cheques, en títulos al portador, títulos a la orden y títulos nominativos.

Dichas formas son posibles en los cheques turísticos, si no de una manera expresa, sí por el modo de transmitirse, esto es, por sus efectos, que es lo que, al fin y al cabo, tiene trascendencia.

En el modelo reproducido de la American Express Company aparecía la fórmula "to the order of", lo que parecía indicar que el beneficiario del cheque no es forzosamente el comprador del mismo, sino que puede ser otra persona a quien éste se lo transmita mediante la cláusula de endoso.

Por otra parte, en la práctica, en la mayoría de los casos, una vez estampadas las dos firmas por el comprador el título es perfecto y podrá transmitirse por la mera entrega. En este supuesto funciona como un título al portador. Las compañías emisoras, para evitar esto, dan instrucciones formales a sus clientes para que la segunda firma no se coloque hasta el momento en que se entregue para pago a un tercero. Si este tercero es su corresponsal, la circulación del cheque habrá terminado, pero ¿y si es otra persona quien en vez de llevarlo a hacer efectivo lo transmite a otros?

Por último, si se tiene en cuenta la intención del emisor y la exigencia de las citadas firmas, no parece aventurado afirmar que se trata de un título nominativo apto para que la misma persona que firma cobre su importe del librado, y no que lo ponga en circulación como papel moneda, esto es, como título al portador.

Creemos que tal es la opinión del emisor, puesto que a él le interesa más que a nadie poder determinar en qué momento se hizo la segunda firma, y ello será imposible si va pasando de mano en mano como un simple título al portador. Por esta razón las sociedades emisoras procuran limitar lo más posible la circulación de los cheques turísticos a la orden y al portador, pero sin prohibirla totalmente, a fin de no restar ventajas y posibilidades a estos títulos.

En alguna legislación (97) se establece que los cheques turísticos son siempre nominativos, y ciertas compañías emisoras prohibían a los

(97) Art. 203 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (México).

librados que pagasen los cheques si la segunda firma no se ponía ante ellos y si, además, el tenedor no exhibía su pasaporte para acreditar la personalidad, pero esto era completamente excepcional y ya hoy fuera de uso.

Puede afirmarse por lo anteriormente dicho, que los cheques turísticos son principalmente nominativos, que de modo excepcional y como concesión se les ha otorgado el carácter de título a la orden y que, en la práctica, operan como verdaderos títulos al portador en infinidad de casos.

Aparte de la clasificación anterior, que es fundamental en lo que afecta a la designación del beneficiario del cheque turístico y a la forma de transmisión de éste, pueden señalarse, comparando unos modelos con otros, algunas variedades no desprovistas de interés por su posible trascendencia jurídica.

Como criterios para determinar estas modalidades podemos citar: el lugar de emisión en relación con el de pago; la transferibilidad de los títulos; la época de caducidad, etc., etc.

No entramos en el estudio particular de cada una de estas modalidades por haberlas ido destacando a través de las páginas anteriores, cuando su estudio se hacía preciso.

VI. RELACIONES JURIDICAS ENTRE LOS PARTICIPANTES

A) PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Es interesante precisar en qué momento queda perfeccionado este contrato para así poder conocer cuáles son sus efectos, o sea, los derechos y obligaciones de cada parte con respecto a los demás.

Examinados atentamente los formularios empleados en esta clase de operaciones y el modo de proceder de las agencias de viajes y bancos que emiten tales títulos, así como la mecánica seguida en la emisión del cheque turístico desde su gestación hasta su total extinción, no parece difícil precisar el momento de la perfección del contrato.

Hemos visto que el comprador llena una fórmula de petición de un servicio establecido por el banco o la agencia de viajes. Desde el momento en que éste o éstas tienen montado un servicio especial y lo ofrecen al público, pudiera creerse que se trata de una oferta perfecta en la que el comprador no hace más que aceptarla. Sin embargo, ello no es así; se trata, cuando más, de una "invitatio ad offerendum", y ello por una serie de razones suficientemente conocidas que no es preciso reproducir ahora. El servicio está montado para uso del público, pero en cada caso habrá que determinar las circunstancias del contrato (número y cuantía de los cheques, fechas, plazos en que los cheques son realizables, etc.), aparte de que las circunstancias personales del cliente son de tener en cuenta también por el emisor. Puede concluirse que

no basta al primero con decir "sí" y, por tanto, ello significa que la oferta no es perfecta.

Prescindiendo, pues, de esa mera hipótesis, hay que admitir que la demanda la fórmula el comprador, y ello mediante la suscripción del oportuno formulario en que fija sus deseos, y se compromete a una serie de obligaciones.

Presentada esta demanda la agencia de viajes o el banco pueden libremente aceptarla o rechazarla, teniendo en cuenta las circunstancias a que antes nos hemos referido.

Lo normal es que la acepte, y ello por la poderosa razón de que el cliente va a pagar al contado una cantidad que sólo hará efectiva en el futuro. No hay, pues, concesión alguna de crédito del emisor al cliente, sino que, por el contrario, es éste el que otorga su confianza a aquél, ya que le entrega algo que sólo podrá recuperar si la solvencia del emisor lo permite.

Podrá objetarse que cosa análoga sucede con la apertura de una cuenta corriente en un banco, operación de crédito pasiva en la que el banco no hace más que recibir dinero en depósito irregular, y que, sin embargo, exige dos firmas de conocimiento.

Tal comparación debe ser rechazada porque la apertura de cuenta corriente supone la iniciación de una serie de relaciones crediticias entre el cliente y el banco que, en el futuro, pueden alcanzar mayor complejidad y, a éste, le interesa quedar garantizado siempre con respecto a su clientela. Por el contrario, al emitir cheques turísticos no entabla relación permanente alguna con el comprador y, aunque éste sea cliente habitual, difícilmente podrá colocarle en una situación comprometida por esta clase de operaciones.

Presentada la petición en las oficinas del emisor, éste puede rechazarla o aceptarla libremente. En el segundo caso no es necesaria una aceptación expresa, aunque las contraseñas, vistos bueno, firmas de control, etc., pudieran significarlo. Esta tramitación interior no es propiamente la aceptación del contrato, ya que, como es sabido, la aceptación consiste en la emisión de una voluntad realizada frente al oferente y en todo concordante con la oferta.

Decíamos que no es preciso hacer una aceptación expresa, y lo normal es que así suceda. La puesta a la firma del oportuno talonario de cheques al que formuló la petición es suficientemente significativa de esa aceptación, y el contrato queda perfecto.

Establecer este momento con precisión tiene su importancia para conocer el punto de partida de las obligaciones que corresponden a cada parte, y su única dificultad podría estar en que en el citado momento concurren, casi simultáneamente, la perfección del contrato y el cumplimiento de lo que sólo son obligaciones derivadas del mismo, tales como el pago del importe de los cheques, la firma de éstos, etc.

B) EMISIÓN DEL CHEQUE

Una modalidad especial del cheque turístico es que su emisión no es perfecta ni completa por la exclusiva intervención y actividad del emisor, sino que, además, se requiere una participación activa del tomador, el cual completa el documento mediante la doble firma de que se ha hablado. Por tanto, ni el cheque turístico es completo ni la fórmula empleada es título cambiario, propiamente dicho, hasta el momento en que se coloca la segunda firma.

Esto es así hasta el punto que un cheque turístico sin una o sin las dos firmas del tomador no tiene validez alguna, y ello es precisamente una de las razones de su utilidad, ya que mientras no se estampe la segunda firma el peligro que se corre por pérdida o robo es inexistente, salvo el posible caso de falsificación. De aquí podría deducirse que el tomador es el verdadero librador, pero nada más lejos de la realidad, ya que él no ordena al librado el pago del importe del cheque.

Repitiendo lo dicho, se puede afirmar que el librador es el emisor (la agencia de viajes o el banco) pero que realiza una emisión incompleta o imperfecta, que sólo puede ser plenamente eficaz con la intervención del tomador, quien al firmar el documento dos veces lo completa. Las firmas del tomador son, pues, elementos constitutivos del título y, en consecuencia, necesarias para su plena efectividad, pero el cheque ya estaba creado por el emisor.

Esta intervención del tomador es admitida por la doctrina general sobre el cheque desde el momento en que se admite la validez del cheque en blanco.

C) NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

a) *Relaciones entre librador y tomador*

Recordando la mecánica de esta operación vemos que el viajero entrega una determinada cantidad a cambio de la cual recibe unos cheques con los que puede ir reembolsándose en distintos lugares sumas de dinero y que en caso de no utilizar todos o parte de los cheques, tiene derecho a ser reembolsado del remanente.

Consideradas así las cosas, hay quien explica en esta forma las relaciones jurídicas existentes: El viajero entrega un depósito en manos de la agencia de viajes o del banco para poder ir retirando, por medio de cheques girados por él, las cantidades que estime convenientes con cargo a dicho depósito, y luego reembolsarse el remanente.

A nuestro juicio, en tal explicación hay dos errores fundamentales. Uno, el pretender que el viajero es el librador de los cheques, y otro, que el importe de éstos lo entrega en calidad de depósito.

Del primer error ya hemos hablado y volveremos a hablar en páginas posteriores, demostrando que el librador es únicamente el emisor y que el viajero sólo tiene carácter de tomador.

También nos hemos referido, e insistiremos en ello, a que las cantidades entregadas por el tomador no son verdadera provisión de fondos, y ello porque ésta no está a cargo del tomador y porque, además, no funciona como tal.

Ahora nos interesa subrayar una consecuencia de esa afirmación, y es que las cantidades referidas no constituyen un depósito, sino el pago de unas cosas (los cheques) que le entrega no el depositario, sino el vendedor.

El viajero compra los cheques como bienes fácilmente transportables y realizables en cualquier ciudad, y su finalidad es únicamente abastecerse de unos bienes que no presenten dificultad para su realización. Es algo así como el que compra unos granos de oro que sabe puede venderlos en cualquier sitio sin grandes dificultades.

Como indica GARRIGUES (98), "la hipótesis más frecuente es la de la compraventa de un cheque mediante la cual se transmite la propiedad del cheque al tomador obteniendo el deudor como precio una cantidad, que puede ser mayor o menor que la suma del cheque. En las relaciones entre el banco y sus clientes el cheque se compra por el cliente cuando necesita hacer un pago en otro lugar, generalmente en el extranjero... Pero aun en estos casos, el cheque se entrega y recibe como medio para un fin, que es la obtención de dinero y, por tanto, no pierde el cheque tampoco aquí su carácter de medio de pago".

Encajando perfectamente estas frases a los cheques turísticos, vemos que el tomador es un comprador y nunca un librador, como por algunos se ha querido hacer creer.

A nuestro juicio, la primera firma del tomador puede considerarse que tiene una significación de recibo, aparte de una innegable utilidad como elemento de identificación; la segunda, que debe estampar en presencia del pagador, sirve para acreditar que aquel bien que va a enajenar es suyo y que se desprende de él.

Aun quienes sostienen, como es el caso de CONDE (99), que la provisión es hecha por el tomador y que la firma del emisor es simplemente una legalización de la de aquél y una garantía para el portador como aceptación previa del cheque (100), reconocen que "esta especial aceptación impresa —característica particularísima del cheque de viaje— nos muestra otro nuevo punto de vista en el estudio de este moderno documento, al poder ser considerado como mercadería, puesto que el "portador" compra o adquiere (101) en el banco emisor, mediante previo pago de su importe, la cantidad de dinero-cheque que precisa para sus necesidades cambiarias o turísticas".

En contra de las afirmaciones hechas por nosotros se puede argumentar que no se trata de un bien de general aceptación, sino que su

(98) Ob. cit., pág. 661.

(99) Ob. cit., pág. 75 y s.s.

(100) Recuérdese la prohibición de que los cheques sean aceptados previamente, y la ineficacia de tal cláusula según la Ley Uniforme de Ginebra (art 3.º).

(101) Subrayado en el original.

único comprador habrá de estar relacionado con el emisor, y que éste tiene obligación de reembolsar los cheques no utilizados.

No parece que ambas objeciones sean de especial importancia, ya que las cosas llamadas bienes son las que tienen un valor, pero no es preciso que este valor sea reconocido y aceptado por todo el mundo, ni que todos estén dispuestos a comprarlo. Además, en la práctica, los cheques turísticos sirven para efectuar múltiples transacciones y son recibidos en pago por muchas personas que ninguna relación tienen con el emisor.

La otra objeción es aún de menor peso, pues son muy frecuentes en el mercado las ventas con la cláusula de retroventa, por la cual el vendedor se obliga durante un plazo más o menos largo a admitir la devolución de las cosas compradas que no han sido utilizadas, devolviendo el importe de las mismas. En tal clase de operaciones el vendedor-comprador suele condicionar la retroventa a que las cosas no hayan sido deterioradas o estropeadas, cosa que también pasa aquí, ya que el comprador no será evidentemente reembolsado si ha cometido alguna falta que perjudique los títulos.

Por último, pudiera presentarse el argumento de que el reembolso de los cheques no utilizados se efectúa aunque hayan sido perdidos o robados, siempre que esto se acredite debidamente y que aquéllos no hayan sido hechos efectivos. En este caso la objeción estaría en que la segunda venta carecería de objeto, puesto que los cheques habrían desaparecido. Ello no obsta a nuestra argumentación, ya que, aun desaparecido el soporte material del bien, éste existe y su falta de pago supondría un enriquecimiento injusto por parte del emisor.

Creemos, pues, poder afirmar que la relación entre librador y tomador no es la de un depósito, sino la de una compraventa en la que se adquieren títulos valores con cláusula de retroventa.

b) *Relaciones entre librador y librado*

Se ha visto que una de las principales dificultades encontradas al tratar de la naturaleza jurídica de los cheques turísticos y su posible equiparación con los normales era, precisamente, la confusión (jurídica) que a veces existe entre librador y librado.

No se puede afirmar en rotundo que librado y librador sean una misma persona, y menos que esto suceda en todos los casos.

Recordando lo dicho anteriormente, podemos afirmar que en unas ocasiones el librador es persona distinta al librado. Tal sucede, por ejemplo, en el caso de los "Northern Travellers'cheques", que son pagaderos por cualquiera de las oficinas de los bancos de cuatro naciones distintas.

En otras ocasiones no hay tampoco identidad de las dos figuras consideradas, como acontece cuando el librado es un corresponsal.

Por último, hay que admitir que tratándose de sucursales de un mismo banco o agencia hay una identidad jurídica, es una misma per-

sona el librado y el librador, pero puede distinguirse perfectamente, si no la personalidad, sí la entidad distinta de varios establecimientos de una misma empresa, lo que da pie para que se pueda considerar que no existe la confusión precitada.

Las relaciones existentes entre librador y librado serán diferentes según se trate de uno u otro supuesto de los considerados.

Podrá haber un contrato de colaboración, un mandato, una comisión o cualquier otra relación por la que el librado se considere obligado a hacer efectivos los cheques que se le presenten. "Lógicamente, precederá al cheque un contrato de mandato o un contrato "sui generis", cuyo contenido consista en la obligación de prestar el librado al librador un servicio de caja pagando los cheques que éste remita" (102). Esta relación es la que implicará, sustituirá o determinará la provisión de fondos de que hablaremos más tarde.

Ahora conviene subrayar que en los cheques turísticos, como en todos los demás, no basta la existencia de un crédito del librador contra el librado (disponibilidad de fondos), sino que es preciso, además, un contrato, accesorio si se quiere, mediante el cual el librado esté obligado a pagar los cheques que le gire el librador.

Aunque nuestro Código no lo diga expresamente, es indudable que al emplear la frase "fondos disponibles en poder del librado", en el epígrafe relativo a los cheques, da a indicar que esa disponibilidad ha de efectuarse mediante cheques.

El artículo 3.º de la ley alemana sobre el cheque, distinguía perfectamente la provisión de fondos y el contrato de cheque (Scheckvertrage), cosa que no ha recogido tan claramente, aun inspirándose en dicho artículo, el 3.º de la Ley Uniforme de Ginebra.

En consecuencia, terminaremos afirmando que en los cheques turísticos como en los bancarios de uso normal, se requiere provisión de fondos y contrato por el cual se pueda disponer de ellos mediante cheques, adquiriendo, a nuestro juicio, mayor relevancia este segundo requisito en aquéllos que en éstos.

Si lo dicho anteriormente es cierto y completamente válido para los cheques turísticos emitidos entre entidades completamente distintas (caso del Banco danés citado con respecto al Banco Hispano Americano), no parece posible hablar de contrato de cheque cuando librador y librado son dos establecimientos distintos de una sola empresa.

Señala el citado autor (103) que el pacto de cheque es "el antecedente jurídico de todo cheque, siempre que librador y librado sean dos entidades jurídicas distintas. Si no lo son, es claro que no cabe que celebren entre sí ningún contrato. Tal ocurre cuando el librador del cheque es un banco y el librado una de sus sucursales o agencias. En este supuesto no cabe pensar en que una misma entidad jurídica contrate consigo misma autorizándose la emisión de cheques. Pero

(102) GARRIGUES, Ob. cit., pág. 607.

(103) GARRIGUES, Ob. cit. Tomo II, pág. 657.

esta excepción en nada contradice los postulados de la doctrina del contrato de cheque.”

He aquí una especialidad más que presenta el cheque turístico con respecto a los cheques clásicos, pero que, a nuestro entender, no es suficiente para privarle de su carácter de cheque, dadas las razones expuestas anteriormente al hablar de la naturaleza de aquél.

c) *Relaciones entre tomador y librado*

Si se considera que el librado es a la vez el librador, resulta evidente que hay una relación de aquél con el tomador, relación que le dará derecho a reclamar el importe de los cheques, pero si, por el contrario, hay cierta independencia entre aquéllos, no existirá vínculo alguno que obligue directamente al librado con respecto al tomador.

El librado tendrá obligación de hacer efectivos los cheques que le presente el tomador, no porque entre ambos exista relación jurídica alguna, sino porque el primero se ha comprometido a hacerlo con respecto al librador. De aquí que el tenedor de un cheque turístico no tenga acción contra el librado que se niegue a pagarle los cheques que posea. Para que tal cosa sucediera tendría que haber alguna relación jurídica entre tenedor y librado, pero dado que éste no acepta el cheque, como suele suceder en la letra de cambio, es evidente que no asume ninguna obligación de pago con respecto a aquél.

El tenedor podrá accionar en vía de regreso contra los endosantes anteriores (caso de cheques turísticos a la orden transmitidos por endoso) y contra el librados, pero no contra el librado, ya que, según el artículo 542 del Código de Comercio español, aquéllos garantizan sólidariamente el pago del cheque sin que el librado ingrese en el círculo cambiario del cheque, para lo que sería preciso que lo aceptara, cosa que está en plena contradicción con la naturaleza del cheque como mandato de pago a la vista que es.

Por eso, dice el Prof. GARRIGUES (104), refiriéndose a los cheques en general, que el presentante del cheque no ejerce un derecho propio frente al librado, sino una autorización de cobro, y que su posición resulta suficientemente garantizada con el derecho de regreso contra el librador y los demás firmantes del cheque, sin necesidad de invocar en contra del librado un pacto entre librador y librado fundado en relaciones causales generalmente desconocidas para el tenedor del cheque y que, en todo caso, al quedar fuera del documento mismo, colocarían al tenedor a merced de la buena o mala fe del librador.

D) OBLIGACIONES

a) *Obligaciones del librador*

Las obligaciones del librador consisten en entregar los cheques al tomador, hacer provisión de fondos en el librado y reembolsar a aquél los cheques no utilizados.

(104) Ob. cit., Tomo II, pág. 653.

De estas obligaciones la que merece especial atención es la relativa a la provisión de fondos, por lo que pasamos a considerarla inmediatamente.

Teniendo en cuenta que el cheque es un mandato de pago, parece desprenderse de su propia naturaleza la necesidad de que exista una obligación de pago a cargo del librado.

Esta obligación de pago es lo que se llama provisión de fondos, en términos generales, sin que haya que estar al sentido literal de estas palabras. La obligación de pagar que tiene o debe tener el librado, no ha de derivar precisamente de una remesa de dinero efectivo hecha previamente con la finalidad de atender al pago del cheque en cuestión, sino que, como indica GARRIGUES (105), "esta obligación se produce cuando el librado es depositario de fondos del librador o se comprometió a concederle crédito (pactum de mutuo dando). En cualquiera de estos casos, y en otros similares, el librado paga porque tiene provisión."

En su consecuencia, podemos afirmar que la provisión de fondos, en general, puede estar constituida en muchas formas y por múltiples razones (deuda, apertura de crédito, comisión de venta, depósito, préstamo, etc.), aunque quizá, en la mayor parte de los casos provenga de depósitos irregulares hechos bajo forma de cuenta corriente.

Al estudiar el cheque turístico hay quien afirma que el comprador de éste obtiene únicamente una prueba de su depósito, adquiriendo el "instrumentum" que le permitirá, si él quiere, crear un título cambiario mediante el cual podrá disponer de su depósito.

La primera parte de la frase carece de rigor científico, ya que los cheques que le dan son prueba, no del depósito, sino del pago de su valor, y ellos le servirán para reclamar su reembolso en caso de impago por el librado o de no utilización. Es un documento acreditativo de la operación pero no de la constitución de un depósito, porque no existe tal depósito, según vamos a ver.

Examinemos con cierto detenimiento el concepto de depósito para demostrar que en el caso de los cheques turísticos no existe.

Desde luego, hay que descartar por completo la idea de depósito regular, ya que en éste, el depositario no puede disponer de las cosas objeto del depósito. Nos quedamos, por tanto, con la única posibilidad de estar en presencia de un depósito irregular.

Bastará recordar la mecánica de los cheques turísticos para ver que el adquirente no efectúa un depósito sino una compra. El vendedor de los cheques no contabiliza como deuda las cantidades recibidas; no está obligado a reintegrarlas personalmente, sino de modo excepcional, ya que quien pagará su equivalente es el librado, que aun dependiente suyo o con el vinculado tiene entidad propia, como se acaba de decir; no existe entre librador y tomador relación propiamente cambiaria o, mejor dicho, al lado de ésta existen otras relaciones sometidas al de-

(105) Ob. cit., Tomo II, pág. 639.

recho general de obligaciones, al menos hasta el momento en que por la estampación de los dos firmas el título se convierte cheque.

A nuestro juicio, la provisión de fondos es tan esencial al cheque turístico como a cualquier otra forma del cheque (106). La variedad está en que, normalmente, esa provisión de fondos no consiste en una auténtica y efectiva remisión, sino simplemente en un acuerdo o convenio por el que el librado se obliga a pagar los cheques turísticos que le gire la otra parte contratante y de los que se resarcirá por una simple compensación de cuentas de la que quedará, al fin de cada período fijado para saldarlas, un crédito o una deuda con respecto al librado.

El que en algunos casos, no en todos, los librados remitan a los emisores los cheques pagados, no es para exigir el reembolso individual de cada uno de ellos, sino únicamente como justificación de las partidas acreedoras que presenten en su saldo.

Suponer que la provisión de fondos es hecha por el tomador de los cheques turísticos al pagar su importe nos parece erróneo, ya que alteraría completamente el carácter en que actúa cada una de las personas que en ellos entran en juego. Dado que el librador es el que debe tener hecha o hacer la oportuna provisión de fondos, resultaría, de admitir esta teoría, que el tomador era el librador y que el que recibía la provisión de fondos era el librador y no el librado.

Otra de las obligaciones del librador es la de no revocar el cheque. La principal razón es que como en todo cheque turístico se recibe, por adelantado, del tomador, su importe, no puede haber causa para anular el mandato de pago (el cheque turístico) que a éste se entrega.

Aunque la doctrina general sobre revocación de cheques no sea unánime ya que en unos países se consideran irrevocables (107), en otros se condiciona la revocación a que sea posterior al plazo de presentación (108) y en algunos parece hay libertad sobre esta materia (109), todos los autores que se han ocupado de los cheques turísticos los consideran totalmente irrevocables, seguramente por la razón apuntada.

b) *Obligaciones del primer tomador*

A quien adquiere del emisor uno o varios cheques turísticos se le suele hacer firmar, bien al formular la petición y en el mismo formu-

(106) La provisión de fondos es obligatoria según los arts. 534 y 536 del Código de Comercio. La falta está condenada en el núm. 1 del art. 529 y sancionada en el núm. 4 del art. 528 del Código penal.

También establece la misma obligación el art. 3.º de la Ley Uniforme de Ginebra cuando dice que "el cheque ha de librarse sobre un banquero que tenga fondos a disposición del librador con el convenio, expreso y tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos.

(107) Antiguas legislaciones de Francia, Bélgica y actual de España (parece deducirse del núm. 2 del art. 537 del C. de C.).

(108) Alemania, Ley Uniforme de Ginebra (art. 32).

(109) Gran Bretaña. Estados Unidos.

larío o en otro distinto, bien antes de entregarle los títulos, una serie de compromisos que son las obligaciones que le incumben.

Como ejemplo de estos compromisos reproducimos a continuación la fórmula empleada por la American Express Company:

“Queda expresamente entendido y convenido por el comprador de estos cheques: que él firmará cada cheque en el momento de su adquisición; volverá a firmar cada cheque en presencia de la persona que le pagará; guardará, separada de los cheques, una lista indicando su identificación, y hará conocer inmediatamente en la oficina más próxima de la American Express Co. los números de todo cheque perdido o robado; si el comprador dejase de cumplir cualquiera de las obligaciones anteriores, soportará todos los riesgos, pérdidas o gastos que resulten, y la American Express Co. no reembolsará el importe de los cheques que el comprador no haya protegido convenientemente contra la pérdida o el robo...”

Otras veces estas obligaciones están consignadas en la misma carta que contiene los cheques. Son las instrucciones y condiciones que deben observarse para su empleo por el comprador.

De acuerdo con la cláusula reproducida, podemos agrupar las obligaciones que incumben al comprador en aquellas que ha de cumplir en el momento de la perfección del contrato, y aquellas otras que le constriñan en el futuro:

- 1.º Obligaciones iniciales:
 - a) Firmar cada cheque en el momento de recibirlo y en presencia del representante del emisor.
 - b) Pagar su importe nominal más la retribución establecida y los demás gastos de la operación.
- 2.º Obligaciones posteriores:
 - a) Guardar y conservar con toda diligencia los cheques.
 - b) Guardar separadamente de éstos la relación de los mismos, y anotar en ella la fecha y nombre de la persona a quien se los entrega.
 - c) Dar aviso inmediatamente, a la oficina más próxima del emisor, de los números de los cheques que haya perdido o de los que se haya visto desprovisto por robo.

c) *Obligaciones de un posterior tomador*

Normalmente, los viajeros portadores de cheques turísticos pagan la mayor parte de sus gastos con estos títulos valores, y de ahí que los hoteles, medios de transporte, puestos de gasolina, agencias de viaje, grandes almacenes, etc., sean los que más frecuentemente los reciban de sus clientes en pago de los créditos que contra los mismos tengan por venta de productos o prestación de servicios.

Como es lógico, y de no existir un convenio o contrato entre cualquier empresario de los citados y la compañía emisora de cheques turísticos, no hay ninguna obligación por parte de aquél para admitirlos como medio de pago y, aunque lo hubiera, el cliente no puede exigir

que se le acepte en lugar de moneda legal, pues dicho empresario es totalmente ajeno a la relación cambiaria y no tiene obligación alguna frente al tenedor del cheque.

Supuesto que voluntariamente se acepta el pago de una deuda mediante cheques turísticos, el acreedor no tiene, normalmente, obligación de comprobar la identidad de la persona, y bastará que se fije en la fecha del título y en que la segunda firma, que deberá ser estampada en su presencia, sea igual a la primera (110).

Las garantías de ser reembolsado por la compañía emisora son verdaderamente extraordinarias, no sólo por la naturaleza del título, sino por el empeño de aquéllas de que no se desacrediten y pierdan la confianza del público. De ahí que en la mayor parte de los casos dudosos y aun de clara falsificación, el emisor los haya pagado. Esto produce que, no obstante la amplia utilización de los cheques turísticos de que se ha hablado, apenas se conozcan casos contenciosos sobre ellos, y que la jurisprudencia sea escasísima, por no decir nula. Otra razón que explica este fenómeno es que el importe de cada cheque turístico es relativamente escaso y no merece la pena, cuando se trata de un solo ejemplar o de unos pocos, seguir una tramitación judicial con los graves daños que produciría la publicidad del caso, según se acaba de mencionar.

Posteriormente, quien ha recibido en pago un cheque turístico deberá presentarlo en cualquiera de las oficinas pagadoras para poder hacerlo efectivo.

d) *Obligaciones del librado*

Las obligaciones del librado pueden limitarse a comprobar la regularidad del cheque y a pagarlo si es que está correctamente entendido.

Teóricamente, el tomador debe estampar su segunda firma en presencia del librado para que éste pueda compararla con la anteriormente hecha por el mismo, pero la realidad es, como se ha dicho repetidas veces, que muchos cheques turísticos son pagados por el librado a personas que los recibieron de los tomadores. Ello hace que la obligación del librado sea únicamente la de verificar la autenticidad de la firma del tomador, cotejándola con la firma de éste que aparezca certificada por el que haya puesto los cheques en circulación; pero esta exigencia no va acompañada de la prescripción de que la firma sea puesta precisamente ante la persona que paga el cheque (111).

A nuestro entender hay que distinguir los dos casos citados. Si el que intenta cobrar el cheque no es el primer tomador, bastará que el librado coteje las firmas que aparecen en el documento; pero si se

(110) En una circular publicada por la American Express Co. se dice: "Las dos firmas deben ser idénticas. No se exigen otras justificaciones de la identidad".

(111) RODRÍGUEZ, Ob. cit., pág. 203.

trata de la misma persona, lo normal es que se estampe la segunda firma en presencia del librado, siendo lo contrario una actitud verdaderamente sospechosa, que ha de poner en guardia a éste extremando la atención en la labor de cotejo.

Si se tratase de un título endosado, el librado no deberá limitarse a examinar la autenticidad de la firma del último endosante, que es lo normal en los casos de transmisión de los títulos a la orden, sino que también deberá preocuparse de comprobar si la segunda firma del primer endosante coincide con la que éste estampó previamente.

En el supuesto de que un desaprensivo presente un cheque ajeno y falsifique ante los ojos del pagador la segunda firma, entendemos que el banco emisor deberá reembolsar su importe al banco pagador, siempre que la firma no haya sido groseramente imitada.

Se podría argüir que la banca pagadora debería además comprobar la identidad del tenedor, pero tal cosa entorpecería considerablemente el desarrollo y la aceptación de este instrumento de pago y, por ello, nos parece que ni los mismos bancos emisores pueden imponer tal condición sin peligro de desvirtuar el título y su función cambiaria.

Supuesto algo distinto es el mencionado anteriormente, de presentación del cheque en el banco, no por el titular, sino por un acreedor de éste (agencia de viajes, hoteles) que lo recibió en pago de una deuda. Si no se ha recibido ningún aviso de que se haya extraviado y la falsificación está bien hecha, el banco emisor reembolsará, sin duda, el cheque falsificado. Por el contrario, si el aviso se recibió o la simulación es burda, entonces tendrá perfecto derecho a rechazarlo; pero, en la práctica, aun entonces, los suelen reembolsar.

Según leemos en una revista inglesa (112), en Gran Bretaña, donde miles de cheques turísticos en dólares y otras monedas se reciben cada semana durante el período de vacaciones, los bancos hacen una distinción entre los cheques que ellos pagan en sus taquillas y los que reciben de sus clientes "holder for value", tales como los hoteles. Estos últimos son "with recourse", es decir, bajo la reserva de que si son devueltos la cuenta del cliente será adeudada por su contravalor. Pero un banco inglés presentador de cheques turísticos a un banco emisor norteamericano, por cuenta de un cliente hotelero, no se resignará fácilmente a verlos rechazados por motivo de falsedad, y ejercerá una fuerte presión sobre aquél, que difícilmente podrá resistir.

、 VII. TRANSMISION

En correspondencia a las tres formas de designar al beneficiario del cheque, anteriormente apuntadas (al portador, a la orden y nominativos), hay tres formas de transmisión, o mejor dicho, dos formas de transmisión (simple entrega, endoso) y una imposibilidad de que quien

(112) Some notes on travellers' cheques, "Bankers Magazine", junio 1952; página 531.

reciba el cheque lo transmita a otra, al menos por los procedimientos ordinarios previstos en Derecho cambiario.

En España, a tenor del artículo 535, el cheque expedido a la orden puede transferirse por endoso y sólo por endoso.

Con respecto a los cheques nominativos, ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (113) que no pueden ser transmitidos por endoso, ya que le son de aplicación las normas contenidas en los artículos 461 y siguientes del Código de Comercio relativos a la letra de cambio. Con ello viene a confirmar lo establecido en el artículo 535 en que, refiriéndose al cheque a la orden, dice que es transmisible (114) por endoso. Tal postura quedó establecida (115) anteriormente al sentenciar el mismo Tribunal que un cheque expedido a favor de una persona determinada sólo podrá hacerse efectivo a la persona indicada y no a otra.

En contra de este criterio, la Ley Uniforme de Ginebra (116) ha establecido que "el cheque extendido a pagar a favor de una persona determinada con o sin la cláusula a la orden, es transmisible por medio de endoso".

Normalmente los cheques turísticos norteamericanos e ingleses llevan la cláusula a la orden, pero la mayor parte de los emitidos por otras naciones no consignan más que "páguese a...", con lo que es posible emitirlos en cualquiera de las tres formas citadas.

Cuando la persona a cuyo favor se libran los cheques no aparece designada, es unánime la creencia de que deben ser considerados como expedidos al portador, y así lo establecen la mayor parte de las legislaciones (117) y lo recoge la Ley Uniforme de Ginebra.

Vista la doctrina general sobre la transmisión de cheques, hemos de compararla con la aplicable a los cheques turísticos para ver hasta donde aquélla es aplicable a ésta, y las modalidades que pueden presentar.

Al hablar de la transmisión de los cheques turísticos nos referimos a la entrega que de ellos hacen sus titulares (los que han estampado sus firmas) a una tercera persona distinta del librado, y no a la posible remisión de los títulos ya pagados que pueda hacer el librado al librador, a efectos de comprobación e incluso de reembolso.

Como se ha dicho, al referirnos a las distintas clases de cheques turísticos, no en todas las variedades de los que circulan está perfectamente determinada su naturaleza de cheques al portador, nominativos o a la orden, pero teniendo en cuenta la voluntad del emisor, la

(113) Sentencia de 15 enero 1931.

(114) En la práctica los cheques a la orden no existen en España, pues su consideración fiscal, según la Ley del Timbre, hoy derogada, les era francamente desfavorable, ya que se les aplicaba doble cantidad del impuesto con respecto a las otras dos modalidades. Hoy están equiparados cuando los no a la orden no sean librados contra cuentas corrientes.

(115) Sentencia de 23 marzo 1928.

(116) Art. 14.

(117) Alemania, Austria, Hungría, Francia, Italia, Suiza

del tomador y la de todos los empresarios turísticos que los reciben en pago de sus servicios, se ve que están considerados como títulos negociables, transmisibles por la mera entrega sin más requisito que la estampación de las dos firmas del tomador, requisito que propiamente no es necesario para la transmisión, sino previo a ella como esencial a la creación o perfección del propio título.

Cuando un viajero provisto de cheques turísticos paga con ellos la cuenta del hotel, lo normal es que los entregue pura y simplemente sin poner endoso alguno, por lo que habrá que admitir que, al menos, en la práctica, se transmiten como si fueran al portador.

No obstante, el que los cheques turísticos lleven la doble firma del tomador parece indicar que no se trata de títulos al portador, sino más bien de títulos nominativos a la orden (118), lo que no impide que se puedan transmitir con la facilidad apuntada, como veremos después.

“Se ha discutido acerca de su transmisibilidad (si es título nominativo o endosable); mas prepondera esta última doctrina, puesto que una de las funciones más útiles de tal documento consiste en que el viajero pueda pagar prontamente, con estos cheques, incluso en los hoteles y establecimientos comerciales” (119).

A nuestro entender, el problema no está en saber si son títulos nominativos o endosables, sino en que, aun siendo considerados como tales, pueden transmitirse en la forma señalada.

Ya hemos visto que según la mayor parte de las legislaciones modernas los cheques nominativos pueden también ser transmitidos por endoso. Tal es el caso, por ejemplo, de México; en que el legislador, aun estableciendo rotundamente que los cheques turísticos son nominativos, autoriza su transmisión por endoso (120).

En Italia, la cuestión sobre que el cheque de viajero pueda endosarse o no, y cuya discusión se inicia con la primera difusión de este título, parece hoy resuelta por la ley en sentido afirmativo, conforme con una plausible doctrina (ASCARELLI, BIGIANTI, DOMINICO y otros) aceptada, por último, también en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, no sólo el artículo 44 subsume al cheque de viajero en el tipo de cheque a la orden, sino que no requiere que la segunda firma del tomador sea puesta en el momento de la presentación para el pago, limitándose sólo a exigir en tal momento la existencia de la doble firma “conforme”. El texto legal incluye también el caso de que la segunda firma, siendo una firma de endoso y no de recibo, se encuentra ya existente en el acto de que el último endosatario reclame el pago (121).

De lo dicho anteriormente puede afirmarse que en la práctica los cheques turísticos se transmiten por la simple entrega, una vez estampada la segunda firma de comprobación, y entonces funcionan como

(118) Especialmente cuando las palabras “a la orden” aparecen impresas en el título.

(119) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 476.

(120) Art. 25 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

(121) GRECO, Paolo, *Ob. cit.*, pág. 171.

títulos al portador, o añadiendo simplemente una tercera firma de endoso sin más mención, en cuyo caso circularán como cheques endosados en blanco.

Como afirma acertadamente RODRÍGUEZ (122), esta última fórmula es innecesaria y, en la práctica, está siendo desplazada por la primera. En efecto, la firma llamada de cotejo (la segunda) cumple una doble misión: la de referencia para que se establezca la autenticidad e identidad de las firmas estampadas en el cheque por el beneficiario y, al mismo tiempo, realizar una función de transmisión, como endoso en blanco.

Estimamos que, de acuerdo con la naturaleza del título y su real funcionamiento en el mundo de los negocios, es mucho más acertada esta opinión que la de CONDE, quien no atribuye a la segunda firma ningún otro valor que el de completar el título (123).

Es evidente que el considerar la segunda firma citada como firma de endoso tiene, a primera vista, algo de ficción jurídica, pero si se examina la voluntad de las partes veremos que real y verdaderamente el que la estampa tiene el propósito de transmitir la propiedad del cheque a la persona que lo recibe, y que ésta tiene la voluntad de hacerlo suyo. Por estas razones, aunque un poco forzada la cosa, nos parece plausible, para salvar el escollo de legislaciones en que se exija el endoso como requisito imprescindible, dar a la segunda firma el valor de firma de un endoso en blanco.

Con respecto a España, hay que reconocer que los cheques emitidos expresamente con carácter nominativo (124) sobre bancos españoles, sólo podrán ser pagados, a tenor del artículo 535 del Código de Comercio, al primer tomador (125), con los inconvenientes que esto tiene y lo restringida que queda su utilidad.

Cuando la transmisión no se hace directamente del comprador del cheque a quien lo recibe en pago, sino a través de su endoso, en la forma indicada o de modo expreso, a otra persona, la identificación de quienes han intervenido en la negociación se hace más difícil. Por esta razón y a fin de asegurarse contra posibles perjuicios, las sociedades emisoras dan severas instrucciones al respecto. Citaremos como ejemplo lo que establece una agencia de viajes: "Si les es presentado un cheque turístico por una persona distinta al primer comprador, y supuesto que las dos firmas son idénticas, deberán observar las precauciones habituales adoptadas por los bancos para proteger la negocia-

(122) *Ob. cit.*, pág. 204.

(123) "Jurídicamente considerada la presencia de esta doble firma, no es más que una condición esencial para el pago, no debiendo tener, por tanto, ninguna otra consideración fiscal o económica" (*Ob. cit.*, pág. 64.)

(124) Poniendo el Banco el nombre del beneficiario, mencionándose en él el número del pasaporte, consignando expresamente que es un título nominativo, etc.

(125) Caso de los cheques turísticos emitidos por el Aktieselskabet Kjøbenhavns Handelsbank, de Copenhague, contra el español Banco Hispano Americano.

ción de cheques bancarios por terceros, es decir, que ustedes deben estar seguros de poder ejercer acciones contra el último endosante en caso preciso.”

Otra cuestión a tratar es la relativa a la legislación aplicable a los endosos de los cheques turísticos, cosa que tiene importancia, ya que la mayor parte de las veces se realiza en país distinto al de la emisión.

Según las reglas de Derecho internacional privado, los efectos de los endosos son determinados por la ley del lugar en que son realizados.

Conviene decir algo sobre las consecuencias de un endoso falso.

Hay en el Derecho cambiario americano una disposición fundamental en virtud de la cual un endoso falso no transmite ningún derecho al ulterior poseedor de buena fe, porque el falsificador no puede transmitir un derecho que no tiene. Sin embargo, todo endosante responde frente a los siguientes endosatarios.

Por el contrario, otras legislaciones consideran que los endosos fraudulentos o no conformes con las condiciones convenidas, operan la transferencia del título en favor de un poseedor de buena fe.

Este supuesto del endoso falso es muy infrecuente en los cheques turísticos, los que, una vez completos, funcionan como títulos al portador o como cheques endosados en blanco, según tan repetidamente hemos venido indicando. Por esta razón es casi imposible que haya endosos propiamente dichos en los que pudiera hacerse una adulteración. Si hay falsificación es en las firmas del tomador, y entonces la falsificación afecta al propio documento y no sólo al endoso.

VIII. PRESENTACION Y PAGO

Examinaremos aquí brevemente las dos formas normales de pago de estos cheques, según que se hayan utilizado al fin propuesto, esto es, que se hayan hecho efectivos en oficinas distintas a aquella que los expidió o que, por el contrario, a falta de uso sean reembolsados por el mismo establecimiento emisor.

A) PRESENTACIÓN

El tenedor de un cheque turístico habrá de presentarlo al cobro precisamente en una de las oficinas designadas por el emisor, bien sean agencias o sucursales de éste, o corresponsales independientes ligados al mismo por un contrato en el que se obligue a hacer honor a los cheques emitidos por aquél.

Con respecto al momento de presentación del cheque no hay una fecha concreta, sino un plazo dentro del cual es preciso efectuarla (126). Desde que empieza a transcurrir este plazo el tenedor tiene derecho a reclamar el pago, que deberá ser efectuado en el acto por el librado.

(126) El plazo empieza a correr desde la fecha de emisión que aparezca en el cheque, sea o no verdadera.

Si en el cheque se señala una fecha máxima, la presentación habrá de efectuarse antes de ésta y, en caso de que tal mención no exista, se hará a conveniencia del tenedor, pero siempre antes de la prescripción del título.

Según la *Negotiable Instruments' Law*, Sec. 136, norteamericana, todos los cheques sin fecha fija deben ser presentados al pago en un plazo razonable (*within a reasonable time*), sin que, en caso contrario, se pueda proceder contra el librador por los daños sufridos como consecuencia del retraso. La determinación de si ha existido presentación tardía o no es una cuestión de hecho que se deja a la apreciación de los tribunales (127).

Estimamos que las palabras "plazo razonable" son muy adecuadas, pues resulta evidente que los cheques turísticos no pueden presentarse inmediatamente, ya que su finalidad principal está en cobrarlos en distintos lugares y en distintas épocas.

El artículo 537 del Código de Comercio español establece que el portador de un mandato de pago (cheque) deberá presentarlo al cobro dentro de los cinco días de su creación, si estuviera librado en la misma plaza, y a los ocho días si lo fuere en otra diferente, y el 538 añade que ese plazo se entenderá ampliado hasta los doce días de su fecha para los librados en el extranjero. Aun con esta ampliación es evidente que los plazos son excesivamente breves para aplicarlos a los cheques turísticos.

Para salvar esta dificultad hay algún autor (128) que mantiene la teoría de ser aplicable a los cheques turísticos la legislación de los cheques y a la vez la de las cartas órdenes de crédito, y, para este caso concreto del plazo de presentación se acoge al artículo 572 del Código de Comercio, en que a falta de plazo estipulado se señala el de seis y doce meses para las cartas de crédito, según se trate de Europa o de otros continentes.

De lo dicho anteriormente, y en especial de la naturaleza del documento, se infiere que, tenga o no marcada una fecha de vigencia muy amplia, no le son de aplicación los plazos perentorios establecidos para los cheques normales. Hacerlo de otra forma sería desvirtuarlos completamente y reducirlos a la ineficacia, y ello porque si la "ratio legis" de los plazos señalados por el legislador para la presentación de los cheques ordinarios es el deseo de que se liquide la situación lo más rápidamente posible y antes de que por causa ajena a la voluntad del librador, desaparezca de manos del librado la provisión de fondos (quiebra o suspensión de pagos del librado), cosa que obligaría al te-

(127) En Nueva York está admitido que un cheque pagado en la misma plaza en beneficio de un tomador domiciliado en ella, debe presentarse al pago el primer día hábil después de la emisión. El beneficiario del cheque que espere dos días a presentarle soportará la pérdida que pueda producirse por quiebra del librado. Dado que los cheques turísticos no se expiden para ser cobrados en la misma plaza, no parece aplicable este criterio.

(128) CONDE, Ob. cit.

nedor a volverse contra el librador y a éste a pagar un cheque que de haber sido presentado antes al cobro habría sido satisfecho sin dificultad (129), es evidente que ese mismo interés no existe en los cheques turísticos, debido a las especiales funciones económicas que cumple y a que en todo momento está obligado el librador a reembolsar los cheques no utilizados o que no se han podido hacer efectivos.

Normalmente se estipula el pago en un plazo de doce meses, pero ello no significa que transcurrido el mismo el banco los rechace. En la práctica se considera que la cláusula fijando ese plazo es una advertencia del librador de que vencido éste será más severo el pagador. Por ejemplo, un cheque que se presume falso, emitido hace más de un año y entregado a un hotel, será rechazado por aquél sin ninguna tolerancia (130).

El retraso en presentar al cobro los cheques normales puede dar lugar a que queden perjudicados, que sean revocados, o que su cobro se haga imposible. Varios son los supuestos con que podemos enfrentarnos.

Uno de ellos es la quiebra o suspensión de pagos del librado, caso previsto en el artículo 538 del Código de Comercio. Consideramos que este supuesto no tiene para el poseedor de un cheque turístico la importancia que para el poseedor de un cheque normal, y ello porque en estos últimos hay un solo librado, mientras que en los primeros son varios y no es lógico suponer la quiebra de todos ellos de modo simultáneo. Si por cualquier razón uno de los corresponsales obligados al pago no lo hiciera (por estar suspenso en pagos o declarado en quiebra), el tomador no tendrá más que dirigirse a otro corresponsal en la misma u otra población.

Caso completamente diferente es el que se produciría si en ese lapso de tiempo quien quebrara fuera el propio librador. Entonces los cheques emitidos no serían pagados por ninguna sucursal, ya que a éstas alcanzaría también la quiebra, ni por ningún corresponsal, puesto que al no tener en sus manos una auténtica y real provisión de fondos, no podrían recuperar el dinero dado en pago de los cheques. En este supuesto creemos que al tenedor de los cheques sólo le quedaría el recurso de hacer valer sus créditos en la masa de la quiebra del librador.

Otra de las consecuencias del retraso es que, mientras tanto, el librador puede dar orden al librado de que no pague el cheque. Este supuesto está admitido con carácter general en los Estados Unidos por la fórmula llamada "stop check order" que creemos no debe tener aplicación a los cheques turísticos. Desde luego, el aviso que el comprador da a la sociedad en caso de pérdida o robo de los cheques, no puede equipararse a esa orden, ya que tiene una significación jurídica completamente distinta. Podrá equipararse, cuando más, al aviso que dará al banco el tenedor de un talonario de cheques perdido, pero no a

(129) GARRIGUES, Ob. cit. Tomo II, pág. 671.

(130) DE BEU'S: *Travellers cheques* "Revue de la Banque", 1951, pág. 577.

una orden de no pago. La razón de ello está en que el poseedor de los títulos no es el librador sino el tomador. La orden que podría asemejarse a la "stop check order" sería la que, en los citados casos, daría el vendedor a sus sucursales o corresponsales.

La Ley Uniforme de Ginebra, en su artículo 32, declara eficaz la revocación del cheque una vez transcurrido el plazo de presentación. Dados los términos de este artículo, parece que tiene el carácter de inderogable y coactivo, por lo que una vez transcurrido el tiempo hábil para su presentación la revocación efectuada por el librador es plenamente válida, y si una vez efectuada el librado pagara el cheque no podrá exigir su reembolso o cargarlo en la cuenta del emisor.

B) PAGO

a) *Pago normal*

En este primer supuesto, cualquiera de las sucursales o de los corresponsales del emisor que aparezcan en la lista que el librador entrega con los cheques deberá pagar los cheques emitidos por el librador en atención a las relaciones que le unen con éste y de las que ya se ha hablado.

Para efectuar el pago bastará que coteje las dos firmas del tomador, y si las encuentra conformes entregará el contravalor, en general, sin ningún otro requisito.

Si se tratase de cheques endosados, habrá que comprobar la cadena de endosos para ver si el tenedor es un endosatario legítimo. Este supuesto es, como se ha indicado, excepcional, ya que los cheques turísticos circulan sin endosos o, cuando más, con endoso en blanco.

El lugar del pago ya se ha visto que es indeterminado y que su concreción queda a la libre decisión del tenedor.

El librado tendrá obligación de hacer efectivo el cheque en el acto de su presentación, pues se trata de un título a la vista (131).

b) *Reembolso*

En el epígrafe anterior se ha hecho referencia al procedimiento normal de pago de los cheques turísticos, esto es, el abono efectuado por sucursal o corresponsal del emisor, pero puede darse el caso de que el adquirente de los cheques no necesite utilizarlos, cosa no frecuente, o que utilice sólo algunos, o que le sean robados, o los pierda. En los primeros supuestos el tenedor no quiere utilizarlos, y en los segundos no puede utilizarlos, pues ha perdido su posición. Tanto en unos casos como en otros, el adquirente tiene perfecto derecho a exigir el reembolso de los no utilizados. Cuando dichos cheques obran en su poder no se presenta dificultad alguna, pues para ello bastará que se los devuelva al emisor, quien tiene la obligación de hacerlos efectivos en el acto.

(131) Art. 539 del C. de C.

Algo más complicado es el caso segundo: cuando haya perdido o le hayan robado los cheques. Tanto en un caso como en otro, lo que deberá realizar inmediatamente de darse cuenta de la desaparición de los cheques, es dar aviso al librador (al mismo librador o a su más próximo representante, o corresponsal) para que éste pueda cursar las oportunas órdenes de no pago, que serán cumplidas por todos aquellos librados en potencia. Sin este requisito no se puede pedir el reembolso de los cheques perdidos o robados. Una vez dado el aviso y partiendo de la base lógica de que el reclamante no puede presentar los títulos que no ha utilizado en su provecho, deberá efectuar la previa suscripción de un documento llamado "declaración de reembolso", que será cuidadosamente comprobada por el librador, en la que se hagan constar las circunstancias del caso y las cantidades que se pide sean reembolsadas. Si el solicitante, antes tenedor del talonario de cheques, presenta, llenada al día, la lista de control que le entregaron con los cheques, si ha observado todas las obligaciones a que se comprometió al hacer la compra y, muy especialmente, si ha denunciado el extravío o robo tan pronto haya podido, no habrá dificultad alguna en recibir el oportuno pago por reembolso.

Si no hay posibilidad de identificar plenamente qué cheques han sido los robados o perdidos, porque su tenedor ha descuidado las obligaciones mínimas que había contraído, parece a primera vista que no tiene derecho a reclamación alguna, pero ello no es así, ya que ocasionaría un enriquecimiento injusto en favor del librador. Este deberá hacer el reembolso, pero no antes de que haya pasado el plazo de validez o vida de los cheques en cuestión. Si transcurrido éste, más el período necesario para tener noticia de su impago o de haber sido hecho efectivo, no llega noticia alguna al emisor, deberá abonar el importe de todos los cheques desaparecidos a quien se los compró.

c) *Falta de pago*

En términos generales, puede decirse que la falta de pago de un cheque turístico produce los mismos afectos que la de un cheque ordinario y, por lo tanto, el tenedor desairado podrá dirigirse, no contra el librado (ello prueba una vez más la falta de confusión entre librador y librado), sino contra el librador o los endosantes anteriores, si es que existieron, pues, como acertadamente señala el Prof. GARRIGUES (132), en el cheque sólo se dan acciones regresivas, nunca la acción directa, la cual presupone la aceptación del librado.

Normalmente, la falta de pago por el librado deberá acreditarse con el protesto. Sin embargo, tal formalidad no se exige en la mayor parte de las legislaciones, y ello es debido a que la reclamación debe hacerse al librador, y como éste está a su vez obligado al pago directo del cheque turístico, bastará reclamarle a él la cantidad y, en caso de no ser atendido, es cuando procederá establecer la acción contra

(132) Ob. cit., pág. 686.

el mismo. Entendemos, pues, que si se quiere ejercer la acción cambiaria será necesario levantar protesto por falta de pago frente al librador, y que de no hacerse así deberá reclamarse el reembolso del librador, y si éste no lo efectuase, sólo se podrá ejercer la acción ordinaria.

En algunos países se concede al tenedor impagado, no sólo el derecho al reembolso del nominal, sino a una indemnización tasada por daños y perjuicios (133).

d) *Caducidad y prescripción*

Si el título o la legislación no señalan plazo alguno de presentación al cobro, se entenderá, como ya se ha explicado, que ha de efectuarse en un plazo prudencial, que como cuestión de hecho deberá ser determinada por los tribunales.

Cuando tienen un plazo marcado, la presentación se efectuará dentro del mismo.

Transcurrido el plazo prudencial o el expresamente marcado en el título o en la ley, caducará y no podrá ser puesto al cobro.

Otra cosa distinta es la prescripción del mismo, o sea, la pérdida de acción para solicitar su reembolso del librador.

Normalmente, el plazo de prescripción es de tres años, y así lo determinan, entre otras, la legislación italiana para los cheques circulares y la mexicana.

IX. CONCLUSION

Por lo dicho hasta aquí, puede concluirse que el cheque turístico es un título valor de aparición relativamente reciente, pero que ha adquirido gran desarrollo en las últimas décadas, debido a la enorme expansión del turismo.

No obstante, ha merecido escasa atención por parte de los legisladores, lo cual plantea diversos problemas en cuanto a su naturaleza jurídica y a los efectos que producen en relación con las varias personas que intervienen en su emisión, utilización y pago. Tal situación aconseja que este nuevo título valor sea regulado en breve plazo para evitar tener que aplicarle disposiciones legales concebidas para instituciones bastante diferentes, tanto en su naturaleza como en su función económica.

Dado que los cheques turísticos son fundamentalmente medios de pago aptos para el tráfico internacional, sería de desear que la regulación de los mismos no se hiciera de forma aislada e independiente por cada país, sino que, al igual de lo acaecido con la letra de cambio y el cheque bancario, fuera objeto de una convención internacional de la que saliera un texto legal único. De otro modo, las variedades de cada legislación particular restarían eficacia a los cheques turísticos que, por naturaleza, son eminentemente universales.

(133) Caso de México, en que como mínimo será el 20 por 100.

El derecho de subsuelo

(Aguas subterráneas)

MARCOS GUIMERÁ PERAZA
Notario

Uno de los aspectos más interesantes que presenta la regulación de las aguas en Canarias es el que podemos llamar con toda propiedad «el derecho del subsuelo». Esta cuestión se plantea por igual en los alumbramientos por medio de galerías, típicos de la isla de Tenerife, que en las explotaciones hidráulicas mediante pozos, característicos de la Gran Canaria. Y aunque pueden darse indistintamente en los heredamientos y en las modernas comunidades, lo frecuente es que haya de tenerse en cuenta al tratar de estas últimas, que se constituyen con el fin, precisamente, de alumbrar agua en el subsuelo de fincas superficiales. El problema del derecho del subsuelo se ofrece al tratar de proceder al alumbrado de aguas subterráneas.

I. *Autorización administrativa: distancia entre alumbramientos:*

Como es sabido, ha de obtenerse la pertinente autorización administrativa para poder practicar labores de alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad particular, sea mediante pozo o sea mediante galería. Hasta ahora, y en virtud de lo dispuesto en la Orden de 23 de mayo de 1938, la solicitud se había de presentar en la Jefatura de Obras Públicas de la provincia respectiva, y la autorización habría de ser concedida, en su caso, por el Gobernador Civil (1). Ahora, por virtud de la reorganización de

(1) Es de resaltar la crítica que a esta autorización hizo don ANDRÉS DE OROZCO Y BATISTA, en su folleto titulado *Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico* (Santa Cruz de Tenerife, Imprenta de Alvarez, 1926). En esa obra, el hoy decano del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz, entre otros extremos que ahora no son pertinentes, hace constar su repulsa a la legislación de aguas entonces vigente, comenzando por la Real Orden de 27 noviembre 1924, reguladora del permiso para el alumbramiento de aguas en terrenos particulares; y propone la sustitución de esa licencia por la mera obligación del particular, que iniciara los trabajos de alumbramiento, de dar cuenta al gobernador civil de la provincia.

Sobre este extremo bueno será hacer unas consideraciones. Hemos dicho que se precisa obtener autorización de la Jefatura de Obras Públicas, hoy de la Comisaría de Aguas de Canarias, para las labores de alumbramiento de aguas. Evi-

los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas (Decreto de 8 de octubre de 1959), tal autorización ha de ser solicitada en la *Comisaría de Aguas* que se crea (ver Orden de 10 de enero de 1960), con jurisdicción sobre las dos provincias canarias y con capitalidad en Las Palmas (Orden de 31 de diciembre de 1959). A su vez, el *Servicio de Obras Hidráulicas* de Canarias, tiene su capitalidad en Santa Cruz de Tenerife, y su ámbito comprende, también, todo el archipiélago (1').

dentamente, parece chocante que tratándose de terrenos de propiedad privada y, por tanto, de aguas privadas las que en su día hayan de alumbrarse, se precise autorización del poder público para ello. Sin embargo, esto se explica pensando en la labor de policía que el Estado tiene sobre los bienes de sus súbditos. Se trata de una autorización, es decir, de una licencia, de un permiso, que el Estado concede a un particular para que realice unos determinados actos—en este caso, alumbrar aguas—que de suyo, por sí mismos, el particular podría realizar, como dimanantes del derecho de dominio que sobre la cosa en cuestión le corresponde, cuya facultad se limita a ejercitar; pero que el Estado se reserva la potestad de autorizar o no, en aras del bien público, en función meramente de policía. Cosa bien diferente ocurre con la solicitud de aprovechamientos de aguas públicas o su embalse, que por su misma naturaleza requiere y precisa no ya una mera autorización, sino una verdadera concesión. Por medio de ésta, se reconoce a un particular el disfrute de un bien que de no ser por ella no estaría en el patrimonio del usuario. Es cosa que no está en el dominio particular, sino que éste solicita que se le conceda. Las concesiones tienen su encaje en el estudio de las comunidades de regantes oficiales.

(1') Otro punto queremos destacar, éste referente a la reforma jurisdiccional hecha recientemente en materia de aguas canarias. La creación de una sola Comisaría de Aguas para Canarias, con jurisdicción sobre las dos provincias, sean cuales fueren sus motivaciones de tipo administrativo y aun funcional, puede ser —y en la práctica ya lo viene siendo— fuente de incomodidades y disgustos. Al asignar a la Comisaría de Aguas todo lo referente a concesiones de aprovechamientos de aguas públicas continuas y discontinuas y a obras de alumbramiento de aguas en terreno de dominio particular (*Orden de 16 enero 1960*), se centralizan en una sola de las dos capitales de provincia del archipiélago —en este caso Las Palmas— lo que hasta ahora venía atribuido a cada una de las Jefaturas de Obras Públicas provinciales. Los inconvenientes están patentes.

Políticamente hablando, el ideal es ir a la mayor descentralización posible. Máxime cuando en Canarias la división en provincias viene dando resultados satisfactorios, al eliminar recelos, susceptibilidades y luchas menudas, sin que impida el noble y conveniente afán de emulación. Esta agrupación volverá, ahora con signo inverso, a despertar roces, fricciones y pugnas felizmente superadas desde hace más de treinta años.

Pero es que, además, sólo se consigue alejar la oficina receptora de la documentación del lugar donde se encuentra la explotación, aumentando innecesariamente los gastos y retardando la resolución de los expedientes con la mayor distancia. Y esto en el caso de que siga resolviendo el gobernador civil de la provincia respectiva, como hasta ahora, extremo que la reforma no aclara; pues si no es así, quizá los problemas aumenten. Sin que sea suficiente la oficina delegada que se ha arbitrado. Hasta ¡18 veces! —se ha señalado— viaja una misma documentación entre islas.

¿De veras merecía la pena que el legislador reformara el sistema, indudablemente necesitado de mejora, para incidir en esta centralización? Sinceramente, creemos que el acierto no ha acompañado al buen deseo. Ya que no pueda irse a la descentralización por islas, que sería el ideal, al menos cada una de las actuales provincias canarias debe bastarse a sí misma.

Para conceder dicha autorización, se exige acompañar un plano de las obras o realizar, se obtienen informes de las Jefaturas de Obras Públicas y de Minas, y, sobre todo, se tiene en cuenta la distancia mínima a que habrá de encontrarse la explotación proyectada de otras ya existentes. Esta distancia, según el artículo 24 de la vigente Ley de Aguas de 1879, es de cien metros, como mínimo. También puede verse a este respecto la Real Orden de 27 de noviembre de 1924.

Este precepto, en su aplicación práctica, ha suscitado la crítica de la doctrina. Así, por ejemplo, Orozco (2) solicitaba una distancia mínima de doscientos metros. El Anteproyecto Sindical (3) solicita que esta distancia sea la mínima de trescientos metros de una a otra explotación. Las heredades de Gran Canaria (4) entendieron muy conveniente que esa distancia aumen-

(2) Trabajo citado, pág. 103, y pág. 100. Su *Proyecto de Bases para la formación de un Decreto-ley para el alumbramiento de aguas en Canarias*, dice:

"Art. 2.º No podrán ejecutarse en lo sucesivo labores de las referidas en el artículo anterior a menos de cuarenta metros de edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera, a menos de cien de un río, canal, acequia o abrevadero público, ni a menos de doscientos de otro alumbramiento, trabajos legalmente en ejecución para efectuarlo o fuente, sin la licencia correspondiente de los dueños, o en su caso del Ayuntamiento, previa formación de expediente, ni dentro de las zonas de los puntos fortificados sin permiso de la autoridad militar."

(3) En el *Anteproyecto de Régimen de Aguas* formado por la Organización Sindical de las Islas Canarias, y en el ejemplar que fué editado y difundido por la Delegación Provincial de Sindicatos de Las Palmas de Gran Canaria en 1953, se contienen los siguientes extremos de interés en este punto:

En el *Proyecto de Decreto del Ministerio de Obras Públicas*:

"Art. 7.º Si de alguno de los informes [de las Jefaturas de Obras Públicas] apareciere que es de temer la pérdida o disminución de los aprovechamientos preexistentes, no podrán autorizarse las obras sino a condición de que disten más de trescientos metros y de que el peticionario consigne la fianza que fije la Jefatura de Obras Públicas, suficiente a restituir el agua y los perjuicios que se hayan de ocasionar."

En el *Proyecto de Ley de Aguas para Canarias*:

"Art. 8.º Las labores de alumbramiento y las que tienen por objeto dar salida por medio de galerías subterráneas a aguas ya alumbradas, tanto en terrenos de dominio público como en los propios de Municipio, o de dominio privado, no podrán autorizarse ni ejecutarse a menor distancia de trescientos metros de otro alumbramiento o manantial, arroyo o barranco que sea cauce permeable de aguas vivas aprovechables, sin expresa licencia de los dueños de esas aguas."

En el mismo sentido se produjo la Cámara Sindical Agraria de Las Palmas, al contestar el cuestionario del Instituto de Estudios Políticos.

(4) Al estudiar el Anteproyecto Sindical (ver la reseña que publica *La Provincia*, del sábado 20 de noviembre de 1954). Se lee:

"Se declaró que el ideal a obtener es que no se puedan obtener concesiones a menos de mil metros, aunque se tomó en consideración las pugnas anteriores que habían existido en torno a esta cuestión muy ardua. En los Congresos Agrarios — se dió cuenta — había sido necesario el bajar la distancia a estos trescientos metros, a petición de los representantes de Tenerife; pero hoy en día, cuando las perforaciones de galerías han llegado alrededor de la cadena central y el Teide a un punto de saturación grave, es posible que la sensatez en este sentido y la prudencia aconsejen volver a la distancia de los mil metros para una perforación de otra."

tara a mil metros, como mínimo. Otras entidades y personas físicas se han manifestado partidarios de aumentar esas distancias, pero sin fijarla concretamente en algún caso. Tal, la Exposición que hicieron las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias al Jefe del Estado, con motivo de la visita de éste al archipiélago en octubre de 1950 (5). Recientemente, en diversas opiniones emitidas públicamente sobre el proyecto de reforma de la vieja Ley de Aguas en 1879, por encuesta circulada por el Instituto de Estudios Políticos y difundida en Tenerife por el Cabildo Insular, hay quienes, como don Tomás Cruz, se muestran partidarios de la ampliación (6) sin expresar cifra; mientras que la Cooperativa UPA (7) la fija en quinientos metros como mínimo.

(5) En su preámbulo puede leerse:

"Aparte de tales inquietudes, existe otra, no menos importante, aunque de más fácil remedio: la falta de garantías eficaces para los aprovechamientos preexistentes. En inúmeras ocasiones se ha solicitado del Poder Público la promulgación de medidas legislativas que impidan que las aguas de viejos aprovechamientos y a cuyo amparo se han puesto en riego muchas propiedades, después de la realización de costosas obras de sorriba o roturación de tierras, antes eriales, se afecten por posteriores explotaciones, sin posibilidad de su inmediata recuperación.

La vigente Ley de Aguas prohíbe la ejecución de galerías y pozos que no sean ordinarios a menos de 100 metros de todo aprovechamiento preexistente. Lo exiguo de tal distancia dió lugar a la publicación de la Orden ministerial de 23 de mayo de 1938, exigiendo un previo permiso o autorización gubernativa, para determinar la posibilidad de una afección, estableciendo fianzas si uno de los informes preceptivos de las Jefaturas de Obras Públicas o de Minas admitía tal posibilidad, cuando los nuevos trabajos de captación se emprendían a distancia superior a los expresados cien metros. La realidad ha demostrado de una manera palmaria que dicha disposición no es bastante para garantizar los viejos aprovechamientos y de ahí que en el Congreso Regional Sindical Agrario celebrado hace un año en Las Palmas de Gran Canaria, se aprobara una conclusión solicitando otras más eficaces garantías, previa la confección del precedente anteproyecto por una Comisión integrada por representantes de ambas provincias."

(6) Declaraciones a un redactor de la *Hoja Oficial del Lunes*, publicadas en el periódico de 21 de diciembre de 1959, extraordinario de Navidad.

(7) La Junta Rectora de la Cooperativa Agrícola de Unión de Propietarios de Aguas y Tierras, domiciliada en La Victoria de Acentejo, pide un Apéndice o Sección a la nueva Ley de Aguas, con normas especiales para Tenerife, que pudieran ser:

"B) Tales labores (de alumbramiento de aguas) no podrán ejecutarse a menor distancia de quinientos metros de otro alumbramiento de aguas, que seguirá guardándose en sus prolongaciones, sin la licencia de sus dueños..."

"La aludida distancia lo es en proyección horizontal, comprendiendo todo el terreno situado debajo."

"C) No podrán ejecutarse labores mineras subterráneas sin guardar la indicada distancia de quinientos metros, con relación a los aprovechamientos de aguas preexistentes."

Ultimamente, la propuesta de disposición complementaria de la Orden de 23 mayo 1938, publicada en el *Boletín Oficial de Las Palmas* de 10 enero 1961 y en el de la provincia de Santa Cruz de Tenerife de 13 del mismo mes y año, ha vuelto a inquietar a la opinión en este aspecto de distancias, entre otros. Unos, los más numerosos, piden la ampliación de la distancia a 500 metros; y confirman lo acordado por las Cámaras al contestar al cuestionario del Instituto, en el sen-

Como bien dijo López de Haro (8), esta regla por inflexible, es injusta. De acuerdo con relevantes técnicos (9), puede haber casos en que no basten los mil metros, y otros en los que a menor distancia de los cien metros sea imposible la influencia de un aprovechamiento en otro previamente alumbrado. Por ello, entendemos que ésto debe quedar siempre al dictamen de peritos, quienes, en cada caso, informarán lo que estimen más prudente.

En la jurisprudencia también hay muestras de esta problemática. Por citar solamente las sentencias más importantes, destaquemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1913 (10), la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 9 de noviembre de 1953 (11), la Sentencia de la Audiencia Territorial

tido de pedir la derogación de la Orden de 23 de mayo de 1938, entre otras. En la Jefatura de Obras Públicas de Las Palmas pasan de 4.500 los expedientes, habiéndose incluido en sus labores más de 3.000.000.000 de pesetas, de capital exclusivamente privado, sin subvención alguna. Por otros, se parte del mínimo de 200 metros y piden extenderlo a 500 metros, si no existiese posibilidad de reintegrar el agua del aprovechamiento afectado; dejando las distancias mayores a los informes técnicos, cosa que ya se había sostenido al contestar al Instituto.

(8) CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Aguas subterráneas*. "Revista de Derecho Privado", 1917, págs. 33 y ss. Dice:

"Las distancias legales son regla inflexible en lo variable y, por tanto, errónea."

(9) Por ejemplo, LUIS G. GARCÍA LORENZANA, *Las aguas subterráneas en la Isla de Gran Canaria*, "Revista Financiera del Banco de Vizcaya", número dedicado a las Islas Canarias. Bilbao, 1950, págs. 48 y ss. Dice:

"Otra cuestión que debiera modificarse es aquella restricción que impone nuestra legislación vigente, de no poder hacer obras a menos de cien metros de un aprovechamiento o conducción continua de aguas, sea por un barranco o por acequia permeable. Hay muchos casos en que eso resulta absurdo, porque a menos de esa distancia la influencia es imposible. Supongamos, por ejemplo, que en la ladera de un barranco existe un manantial, y que en la otra ladera se pretende iniciar una galería a sesenta u ochenta metros del manantial y en dirección contraria a él. Al más profano se le alcanza que esa galería no puede ejercer influencia alguna en el manantial. Pues bien, la obra no puede autorizarse donde se ha proyectado por estar a menos de cien metros del manantial. Con casos semejantes se encuentran frecuentemente los técnicos que informan los proyectos de aguas. Las distancias mínimas pueden ser muy diferentes en cada caso particular, y deben fijarlas los técnicos en sus informes."

(10) Puede verse un comentario en la *Revista de Derecho Privado*, tomo I, octubre 1913-diciembre 1914, pág. 189.

(11) Verla comentada en la *Revista del Foro Canario*, núm. 8, 1954, página 95. Fué dictada por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en pleito entre la Heredad de Santa María y Los Parrales contra la Acequia Real de Aguatona, pues la primera pretendía alumbrar aguas subterráneas en el barranquillo de Tederal, habiéndose opuesto la segunda por distar menos de cien metros del cauce de la acequia propiedad de ambas heredades. El Ministerio de Obras Públicas, en Orden de 11 mayo 1948 autorizó la realización de las obras; y el Supremo, en el recurso entablado contencioso administrativo, estima la demanda y deja sin efecto la Orden recurrida, por no guardarse la distancia ática, añadiendo que cosa distinta hubiera sido de ser impermeable el cauce de la acequia. Según su anotador, esta tesis de la Sala confirma el criterio mantenido en las sentencias de 19 octubre 1948 y 2 enero 1952.

de Las Palmas de 19 de enero de 1957 (12) y la Sentencia de la misma Audiencia de 11 de diciembre de 1959 (13).

2. *Licencia del dueño de los terrenos: la venta del subsuelo:*

Para poder comenzar los trabajos de alumbramiento de las aguas, se gestiona de los propietarios del terreno donde se va a iniciar la explotación, o a través del que van a pasar las galerías de la misma, el permiso para la realización de las obras.

También en este extremo varía la práctica seguida en las islas. En la de Tenerife, sólo se estila la autorización del artículo 417 del Código civil (14). Es muy discutible su repercusión respecto de tercero, y carece de acceso al Registro de la propiedad. Normalmente, esas licencias se otorgan en documento privado, que a todo lo más se pasa por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales. Como la explotación en Tenerife suele

(12) Puede verse extractada en la *Revista General de Derecho*, 1958, página 317. Se trataba de un interdicto de obra nueva, por haberse construido un pozo a unos ochenta metros de distancia de un nacimiento poseído por los actores. La Sala sienta la tesis de que el art. 24 de la vigente Ley de Aguas contiene "una presunción *iuris et de iure* de que toda obra de alumbramiento de aguas realizada a menor distancia distrae de su corriente natural las aguas de otro alumbramiento".

Puede verse también la sentencia núm. 14 de la misma Sala, de 20 de febrero 1958, en un interdicto de obra nueva interpuesto por la Comunidad de Agua de Fontanales contra la Comunidad Horcajada.

(13) Inserta por extenso en el Suplemento de Sentencias de la *Revista del Foro Canario*, mes de diciembre de 1959, núm. 159. Fué demandante la Comunidad o Heredad de Regantes del Barranco de la Virgen o del Molino, en Valleseco (Gran Canaria). Planteó un interdicto de obra nueva contra varios pozos abiertos cerca del nacimiento de la Heredad, que merman su caudal. Las distancias eran variables, siendo el más cercano de 480 metros aguas abajo, en la ladera opuesta del Barranco. El juez de Primera Instancia ratificó la suspensión de las obras. La Sala revoca la sentencia apelada, pese a que el perito que acompañó al juez dijo "que es muy probable que el pozo del demandado tenga influencia en el citado nacimiento". La Sala no estima tal dictamen suficiente, pues, además, los aforos pueden estar preparados mediante la paralización de otras explotaciones, por lo que tendría que controlarse por la parte contraria.

Debe verse el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1954, sobre caducidad de autorización administrativa. (*Recopilación de Doctrina Legal*, Madrid, 1959, pág. 97, núm. 116.)

(14) Que dice así:

"Sólo el propietario, de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas."

Estas declaraciones concuerdan con lo previsto en los artículos 22 y 23 de la vigente Ley de Aguas de 1879.

La necesidad de licencia viene prevista también por el art. 414 del Código civil:

"Nadie puede penetrar en propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin licencia de los propietarios."

Esta facultad del dueño es conocida en la doctrina con el nombre de *derecho de exclusión*.

ser siempre mediante galerías, no se precisa suelo alguno: sólo interesa atravesar el subsuelo. No se usa el señalar límite alguno de comienzo. Unas veces esta licencia se concede con carácter gratuito; otras, a título oneroso; y las más, cambio, de *participaciones liberadas* en la comunidad, es decir, participaciones libres de contribuir a los gastos comunes (15).

En Gran Canaria, a diferencia, se usa la modalidad de la denominada *venta del subsuelo*. Se configura como una verdadera segregación de finca, en la que el transmitente se reserva el dominio del suelo. Suele inscribirse en los Registros de la propiedad. Es una enajenación que escinde en dos—y a veces en tres, pues se habla del vuelo—el dominio del propietario sobre la finca. La enajenación del subsuelo se hace bien por una contraprestación en dinero, ya a cambio de equis horas de agua de las que en su día se alumbrarán con la explotación que se proyecta, las que estarán totalmente liberadas. Se suele pactar a favor del transmitente una indemnización pecuniaria para el caso de que las obras de explotación dañen los cultivos de la finca, cuyo subsuelo se ha enajenado. Asimismo, queda facultado el adquirente para abrir galerías en dicho subsuelo, unas veces con limitación de arranques y rumbos; y las más, con toda amplitud; así como se le faculta para alumbrar agua y apropiarse de la alumbrada. Los derechos transmitidos lo son unas veces a la Comunidad que se ha creado previamente; y otras, más correctamente, a los contratantes, que, en consecuencia, hacen nacer de hecho y de derecho una comunidad entre ellos, y que los adquieren por cuotas partes indivisas. Con ello, se logra la inscripción en el Registro de la propiedad, si no de la Comunidad, al menos, a favor de todos y cada uno de los adquirentes, en la proporción en que compran. Algunas veces se pacta que el o los cedentes conservan el derecho a construir o abrir en el suelo cuevas, estanques, etcétera, sin más limitación que la de que esas obras no pueden tener por finalidad el alumbramiento de las aguas subterráneas, pues las que así se obtuvieran serían automáticamente de propiedad de

(15) Es fórmula usual la siguiente:

“Don... cede a la Comunidad... el derecho necesario con carácter exclusivo y a perpetuidad para que pueda atravesar el subsuelo de la finca de su propiedad, descrita anteriormente, en toda su extensión, en cualquier dirección y con las dimensiones y ramales que juzgue oportunos, apropiándose dicha Comunidad de las aguas que se alumbrarán en la misma, sin limitación alguna.”

Otras veces se le autoriza simplemente “para efectuar trabajos de perforación, ya sea con arreglo a la Ley de Minas o a la de Aguas”.

La *sentencia del Juzgado núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 21 julio 1960*, en apelación de sentencia del Juzgado comarcal de Güímar, declara que para llevar a cabo trabajos de captación de aguas, construir galerías, casetas de maquinaria, depósito de explosivos y tirar escombros” es un derecho real de servidumbre. También es muy interesante la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 15 julio 1960, núm. 88, en que estudia el agua subterránea y la configura como limitación del dominio ajeno, verdadero derecho real.

la Comunidad titular del subsuelo vendido. En este último punto, exigíamos siempre el señalamiento de un límite, a partir del cual empezaba el subsuelo transmitido, fijando la profundidad de treinta metros, hasta la cual puede el vendedor realizar toda clase de obras, y a partir de la que los adquirentes tienen el pleno uso y disfrute del mismo; si bien aquél habría de respetar siempre las obras de perforación que tengan ya iniciadas en el subsuelo los adquirentes, al tiempo de emprender el vendedor las obras superficiales que le quedan autorizadas (16). Puede afirmarse que esto se ha inscrito en casi todos los Registros de la propiedad, practicándose en algunos la previa segregación del subsuelo, con o sin determinación de resto, e inscribiendo el dominio a favor de los adquirentes; e incluso llegando a la agrupación de dichos subsuelos con otros elementos integrantes de la Comunidad, según veremos después.

Por lo que hace a la forma de La Palma, hemos visto fórmulas que, partiendo de la licencia usada en Tenerife, tratan de configurarla como un derecho real, oponible frente a terceros, que adoptaría la clásica forma de la servidumbre (17).

Ante esta diversidad de prácticas, y en nuestro deseo de encontrar la fórmula que pueda salvar todos los inconvenientes, necesario se hace dedicar unas breves consideraciones a una cuestión de tipo doctrinal, para de ella descender a sus consecuencias y aplicaciones prácticas.

3. *Extensión del dominio en sentido vertical*

Conocidos son los axiomas que delimitan la extensión del dominio. Así, Cino de Pistoia, uno de los postglosadores, decía que la propiedad se extiende por arriba hasta el cielo—*usque ad*

(16) Orozco (lugar citado, págs. 91 y 105) proponía consignar para el suelo una profundidad máxima de diez metros a contar desde la superficie. Ver artículo 4.º de su Proyecto de Bases.

(17) Así, puede verse en la exposición de la escritura de constitución y regulación del Heredamiento de San Miguel, otorgada ante el notario de Santa Cruz de la Palma, don Pompeyo Crehuet y Juliá, con fecha 23 de junio de 1859, al número 522 de su protocolo, donde se establece:

“Dichas servidumbres atribuyen a los titulares del predio dominante las facultades de hacer y usar, partiendo de éste directamente al través de otras fincas limítrofes por donde pueden penetrar, toda clase de labores y obras debajo del suelo comprendido en todo el perímetro de los predios sirvientes y que, a una profundidad mínima de cinco metros, se dirijan a la investigación, captación y canalización de aguas que en aquellos subsuelos o en otros colindantes nazcan o discurran.”

“El derecho a la perpetua y absoluta propiedad de las aguas que nazcan o discurran debajo del suelo de las fincas descritas, tanto en la dominante, como parte integrante de la misma, como en las sirvientes, como derecho exclusivo a beneficiarse de aquéllos, las que formarán un fundo independiente del predio que las contenga y habrán de extraerse de éste por conductos subterráneos y precisamente en terreno del fundo dominante.”

celum, ad sidera—, y por abajo, hasta el centro de la tierra—*usque ad centrum, ad inferos, ad profundum*—. Y los romanistas afirmaban: *Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum; Paria sunt iura terram et subtus terram.*

Según Beneyto (18), en España aparece en los territorios románicos de Levante en el siglo XIII; y cita una donación de Jaime I a Berenguer de Moncada, de 30 de julio de 1258, donde se habla de *a celo usque in abissum*; así como un cartulario de San Pelayo de Oviedo de 14 de enero de 1244, que habla de todos los derechos *de terra al cielo*.

Piñol Agulló (19) cita la frase catalana *des del cel fins a l'infern*. Don Jerónimo González (20) invoca a Coepolla, que afirmaba: que los predios son libremente del dueño, *hasta el cielo y lo más profundo* (21).

Esta desmesurada extensión del dominio en sentido vertical, ha sido limitada por la doctrina, desde hace tiempo. Ya Voigt, refutando una tesis de Gesterding, afirmó que «el subsuelo tampoco es propiedad, sino cosa reservada a goce exclusivo del propietario del suelo». La teoría de las *cosas comunes*, representada en nuestra patria por Valverde, entiende que son tales el espacio aéreo y el subsuelo, porque como no pueden ser apropiadas, no son susceptibles de *corpus*, de posesión. Así, Werenberg dice que «no podría fijarse ningún límite hasta el centro de la tierra, o mejor dicho, hasta el punto diametralmente opuesto. Pero, sin embargo, sería dudoso que yo pudiera prohibir las excavaciones realizadas a mil pies, bajo los pastos que poseo en la montaña».

La teoría dominante es la del *interés*, formulada inicialmente por Ihering. Ha sido seguida, entre otros, por Pampaloni, Gabba, Messineo (22); y en España por Giner de los Ríos, De Diego y el propio don Jerónimo González. Esta tesis toma por guía

(18) JUAN BENEYTO PÉREZ: *Configuración jurídica de la actividad del hombre sobre la tierra*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1933, I, págs. 586 y ss.

(19) JOSÉ PIÑOL AGULLÓ: *El agua en las religiones, en la Historia y en el Derecho. Las actas de Pozo en el Campo de Tarragona. ¿Ciencia o superstición?* "La Notaría", primer trimestre de 1946, pág. 134.

(20) JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, inserto en "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", tomo II, Madrid, 1948, pág. 198.

(21) FÉLIX DE LLANOS Y TORRIGLIA (*El dominio de lo impalpable*, Madrid, Reus, 1926, pág. 18) califica el axioma *Cujus...* de "declaración tartarinesca que presintiendo al genio de Tarascón, sostuvieron los glosadores romanos y parafrasearon luego las más de las legislaciones cultas...". "De ahí seriedades cómicas y bromas serias de las leyes y de la vida."

JOAQUÍN DUALDE (*La posesión civilísima*, Barcelona, Editorial Aries, 1959, pág. 52) dice que "la teoría primitiva de centro a cielo está henchida de inocente soberbia imaginativa".

(22) FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, E. J. E. A., Buenos Aires, 1954, pág. 265.

la utilidad económica que pueda ofrecer al propietario, por lo que los límites de la propiedad son las exigencias, el interés económico de su titular (23).

La teoría del interés ha sido acogida, también, en los Códigos extranjeros. Así, frente a la extensión absoluta que proclama el artículo 552 del Código civil francés («La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous»), la teoría patrocinada por Ihering resulta recogida en el artículo 905 del Código alemán, en el artículo 667 del Código civil suizo y en el artículo 526 del Código brasileño (24).

Por lo que hace a nuestro Derecho, el Código civil regula esta materia en el artículo 530, que dice:

«El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas, y en los reglamentos de policía.»

Más adelante, el artículo 592 del propio Código reconoce que la propiedad del vuelo y del subsuelo es ilimitada.

Dualde (25) aplaude sin reservas el artículo 350 del Código civil, cuya doctrina resulta ilustrada con positivo valor práctico a virtud de los preceptos de la Ley de Aguas, por los que se

(23) Así, dice DON JERÓNIMO (*loc. cit.*, pág. 213):

“El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía; pero a medida que nos alejamos en línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario, y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho. Difícil es precisar matemáticamente el módulo de este decrecimiento. La utilidad normal del suelo, atendidas las exigencias y potencialidad de la agricultura, de la edificación y de la industria en general, y las probabilidades racionales del futuro aprovechamiento, con relación al sitio y al desenvolvimiento económico de la región, serán los principales coeficientes que el juez deberá tener presentes.”

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, tomo VI, edición 5.ª, Madrid, Reus, 1949, pág. 498) cita otros autores que militan en la tesis del interés. Así, VALVERDE (“donde llega su interés práctico”), DERNBURG (“hasta los límites en los cuales es posible la dominación o señorío del hombre”), RUGGIERO (“hasta donde se sea posible obtener una utilidad o disfrute y se extingue pasando de tal confín, porque faltaría un interés digno de tutela”).

Por su parte, BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER (Notas al *Derecho de Cosas*, de MARTÍN WOLFF, tomo III, volumen 1.º, 2.ª edición, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 303) dicen: “Por razón natural y en congruencia con la solución dada jurisprudencialmente al alcance del derecho al espacio aéreo, se ha de proclamar igualmente que el derecho sobre el espacio subterráneo sólo se extiende hasta donde llega el interés del dueño del terreno, no usque ad inferos.”

(24) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, 7.ª edición, tomo segundo, Madrid, Reus, 1950, pág. 100) deduce que “no pueda prohibirse por el propietario que... se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo”.

(25) DUALDE, lugar citado, pág. 52.

crea un derecho de práctico interés, que constituye el centro de la cuestión suscitada por el artículo 350. Para él, se trata de un caso de posesión que se mantiene sin *corpus*, sostenida por la teoría de las facultades, que es una teoría civilísima.

Las restricciones a que alude el Código civil desvirtúan y casi anulan la regla establecida, pues la legislación de Minas parte de un principio contrario y sustrae al dueño del suelo la propiedad del subsuelo. El *Decreto-Ley* de Minería de 29 de diciembre de 1868, en su artículo 5.º, define el suelo y el subsuelo. Dice:

«El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo, que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina.»

Y en su artículo 6.º declara:

«El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado.»

Como puede apreciarse, no se fija límite exacto a partir del cual comienza el subsuelo, pero claramente se advierte que el suelo habrá de ser de bien poco grosor. Como dice MESSINEO (26), «el suelo no tiene espesor». ALCÁNTARA SAMPelayo (27) elogia lo acertado del precepto minero, pues se ha acudido a él en casos en que estaba en litigio la determinación del subsuelo y quién era su titular, aun sin tratarse de casos de concesiones mineras. Pero esto demuestra—añade—la conveniencia de haber llevado al Código civil un precepto definidor tan sustantivo, que podría generalizarse, como las necesidades de la práctica lo hicieron. Manich, citado por don Jerónimo, propone que se señale un límite mínimo de cincuenta metros.

¿Cual es, en suma, el sistema legal español en esta materia? Parece que más que la teoría pura del interés, estamos ante la división del dominio de una finca en tres grandes y paralelos grupos: el subsuelo, el suelo y el vuelo. Lo que da lugar a una verdadera propiedad horizontal o por capas (28). Pero es que,

(26) MESSINEO, lugar citado, pág. 265.

(27) JOSÉ ALCÁNTARA SAMPelayo (*El proyecto de la nueva Ley de Minas, Revista de Derecho Privado*), año 1944, pág. 528).

(28) ALCÁNTARA (lugar citado, pág. 535); LLANOS Y TORRIGLIA (lugar citado, pág. 19), cuando nos recuerda el testamento del gitano: “Dejo a cada uno de mis hijos trescientas fanegas de tierra.” “Pero, hombre—interrumpía el notario—, si todo tu pejugal no tiene sino fanega y media.” “Eso no importa—replícala el testador—; ¡que ajonden, que ajonden!”; PEDRO VILLACAÑAS GONZÁLEZ (*La propiedad en sentido vertical*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1953, págs. 491 y ss.), cuyas tres formas de propiedad independiente dice que admite la jurisprudencia francesa; RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (*Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 29 y 52) estima que al configurar el derecho de superficie a perpetuidad, se desmembra el dominio del suelo y el dominio del subsuelo; añadiendo que, si es perpetuo, equivale a la división indefinida de suelo y vuelo.

según ponen de relieve autores como López de Haro (29) y Dualde (30), tal propiedad horizontal se entiende, además, en el sentido de pertenecer al que alumbró el agua el derecho a los veneros de la misma, que existen bajo el suelo de otras fincas pertenecientes a diferentes propietarios.

Interesante y curioso es el caso que dió lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1958, sobre una acción de retracto de comuneros, casando una Sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 20 de octubre de 1956:

La heredad de la Vega Mayor de Telde interpuso demanda de retracto de comuneros contra la Comunidad de Regantes de Malpedrosillo. Esta se había opuesto en un expediente de dominio incoado por la heredad, ya que era dueña de los subsuelos de las fincas que se pretendían inscribir. En la demanda se afirmó que cuando el derecho de propiedad sobre un fundo se escinde, teniendo titulares distintos el dominio del suelo y el dominio del subsuelo, surge una situación de comunidad que permite el retracto del artículo 1.522 del Código civil. Solicitaban, con toda inpropiedad, se otorgara escritura de *retroventa*, confundiendo esta típica resolución de contrato con la compraventa en virtud de acción de retracto.

En la contestación, se puso de relieve que el subsuelo había sido transmitido con anterioridad a la adquisición de la entidad demandante, para la apertura de una galería que habría de cruzar por el mismo a más de sesenta metros de profundidad de la superficie. En primer lugar, se dice, se obtuvo mera autorización para atravesarlo; y luego, se adquirió el subsuelo mediante compraventa. Y sobre todo, se da con el argumento pintoresco, pero de una fuerza enorme: el de que el retracto de los subsuelos por los dueños de la superficie tiene, en el mejor de los supuestos, una lejana analogía con el de *colindantes* o *asurcanos*,

En la doctrina extranjera son de esta opinión MESSINEO (lugar citado, página 419), que al tratar de *il sottosuolo*, lo estudia como derecho real autónomo sobre el subsuelo, afirmando que puede haber propiedad sobre el subsuelo, como la división de casa por pisos, y luego una propiedad sobre las construcciones que se realicen; y AMBROSIO COLIN y HENRY CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, 2.ª edición, tomo segundo, volumen II, Madrid, Reus, 1942, página 647) afirman categóricamente: "Nosotros vemos en los derechos de superficie y sobre el subsuelo dos propiedades distintas y superpuestas" (Sent. 27 abril 1891, D. P. 2, 1.219, S. 91, 1.369, nota de M. Labbé).

(29) LÓPEZ DE HARO, revista citada, pág. 34.

(30) DUALDE, lugar citado, pág. 50. Dice así:

"Aquí cuadra bien el nombre de *propiedad horizontal*.

"En materia de aguas subterráneas hay una curiosa y obligada horizontalidad, porque ellas corren como por un reguero entre los estratos impermeables, y el agua que aparece por un pozo vino de largas distancias, como las de un riachuelo o barranco subterráneo.

"La propiedad o posesión del agua encontrada se extiende por toda la línea que recorre la vena hidráulica, y, por lo tanto, la verticalidad se tuerce y dilata por todo el espacio trasero, horizontal o en pendiente."

pero no con el de comuneros. Resalta que la parte de subsuelo vendida estaba ya gravada por el causante de los vendedores con una servidumbre en favor de la demandada, consistente en la ocupación de parte de los mismos al efectuar, hace varios años, los; los cuales no podrían ser retrovendidos, sino con dicha servidumbre de la perforación de la galería que atraviesa los repetidos subsuelos.

El Juez de Telde, en Sentencia de 17 de abril de 1956, declara que: «los subsuelos en Canarias, de valor y sentido hasta hoy exclusivamente proyectados a la captación de aguas, que por sí misma constituye una explotación de verdadera importancia económica y cuyas aguas son destinadas o vendidas, en la mayoría de los casos, para fincas lejanas, nada tiene que ver con el suelo a los efectos discutidos, pues falta el íntimo enlace que entre ambas propiedades debe existir dentro del conjunto de la finca; no hay entre los suelos y los subsuelos discutidos esa íntima subordinación, no se da el peligro de relaciones subordinadas recíprocamente, semillero de litigios, ni se impidió el cumplimiento social de ambas propiedades, razones que determinan la presionada limitación de la facultad de libre disposición y que ante su inexistencia tiene la propiedad sus soberanas facultades sin restricciones retractuales».

La sentencia de la Sala de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Las Palmas, de 20 de octubre de 1956, declara que la explotación de los subsuelos en Canarias, es por completo independiente de las superficies prediales y productos que pueden cultivarse en las mismas; añadiendo:

«Aparecerán siempre con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda ponerse, en modo alguno, que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas, como ocurre en el presente caso de autos, y, asimismo, es factible en múltiples casos, que el valor o precio de los subsuelos sea mucho mayor que los suelos... Por ello, resulta inadmisibles admitir la acción de retracto, tanto en el propietario de una mina con respecto a la superficie, como en el dueño de ésta con relación al subsuelo, desde el momento que ambas propiedades se hallan absolutamente separadas, independientes y alejadas por completo de todo condominio, o copropiedad entre ambas explotaciones, toda vez que no existe cotitularidad en la misma cosa que autorice el ejercicio de la acción del retracto.»

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de octubre de 1958, siendo Ponente don Francisco Bonet y Ramón, confirma la de

la Sala, recoge en lo sustancial la argumentación transcrita y añade:

«Puede afirmarse que aplicar por extensión o analogía el derecho de retraer a los propietarios del suelo con relación a los del subsuelo y viceversa, sería tanto como desconocer el fin a que obedeció su creación, lo cual pugna con el espíritu y letra del artículo 1.522 del Código civil.»

4. *Regulación del derecho del subsuelo:*

De todo lo dicho anteriormente, se desprende que no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro; así se viene haciendo inmemorialmente en la isla de Gran Canaria y ha tenido acceso a algunos de los Registros de la propiedad, mediante títulos de compraventa.

Sin embargo, a nosotros nos parece preferible otra fórmula, que reputamos más ajustada a la verdadera naturaleza de las cosas. Y es la constitución de una servidumbre de carácter voluntario, de naturaleza real, con acceso al Registro de la propiedad a través de la teoría del *numerus apertus* que rige en nuestro sistema inmobiliario, y que gravaría la finca en conjunto, en su totalidad, comprensiva de suelo y subsuelo. Veamos los apoyos doctrinales con que cuenta esta construcción.

Wolff (31) dice «habiendo de recurrirse al resorte de la expropiación, ésta deberá ser o expropiación de la propiedad inmobiliaria o un gravamen forzoso con una servidumbre». Es decir, deducimos nosotros, que la expropiación del predio tiene que abarcar la del suelo y subsuelo, sin poder escindir aquél, que quedaría libre en poder de su titular, expropiando sólo éste, que pasaría al tercero. Y en su defecto, habla de la constitución de una servidumbre, si bien con carácter forzoso, sobre la total propiedad del suelo y subsuelo. Por ello, no cabe duda, podrá constituirse servidumbre voluntaria por el dueño del predio en favor de un tercero o de una finca propiedad de tercera persona.

Gasca (32), figura en esta misma línea, dice: «Cuando por ley la propiedad de la mina vaya unida a la del suelo, la expropiación deberá comprender el suelo y subsuelo, limitándose a la porción de suelo que contenga la mina, o a la parte de la mina que pudiera beneficiarse con las ventajas del consorcio... Quién vende un terreno, vende únicamente el suelo.»

(31) MARTÍN WOLFF, *Derecho de cosas*, tercer tomo, volumen primero, 2.ª edición, pág. 298, nota 7.

(32) C. L. GASCA: *La compraventa civil y comercial*, tomo I, 1.ª edición, Madrid, Victoriano Suárez, 1931, pág. 340.

Gay de Montpeílá y Massó (33) dicen que «si el tercero ha practicado un minado por debajo de la superficie de la finca, este caso presupone una verdadera servidumbre de aguas en terreno ajeno, y para ello no puede prescindirse de acudir a la legislación civil, que lo regula en los artículos 537 y siguientes del Código...». «Este derecho únicamente puede adquirirse en virtud de título otorgado por el dueño del terreno o superficie... Este título debe producir sus efectos jurídicos especialmente contra tercero, a cuyo efecto debe constar inscrito, como gravamen sobre el predio sirviente, y como servidumbre activa en la inscripción del predio dominante, al cual pueden dedicarse o ser destinadas las aguas alumbradas, y cuya escritura puede ser de constitución o de reconocimiento posterior».

Todo esto nos pone de relieve que este derecho real puede configurarse como un derecho de servidumbre que grava el predio del concedente o transmitente, con esta o parecida fórmula:

«Una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias.»

Y a continuación, se describiría la finca sobre que recae.

No se nos oculta la objeción que a esta tesis nuestra puede hacerse, con base en la doctrina de la imposibilidad de existencia de un derecho real en cosa propia. Aparentemente, se da esta figura no permitida cuando el cedente o vendedor del suelo, y constituyente del derecho real de servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto sobre el resto de la finca que queda en su poder, es ya comunero o ingresa entonces en la Comunidad mediante el recibo, a cambio de su prestación, de una o varias participaciones liberadas de las que componen la entidad o agrupación. En este caso, sobre cosa propia—el resto de finca que queda en su poder—, se constituye un derecho real de servidumbre que, al menos en parte, es también suyo, en la cuota indivisa que esa participación o participaciones suponen en la Comunidad. El principio general *nemini res sua servit iure servitute* impide esta constitución. Ya Castán (34) afirma que es imposible una servidumbre sobre cosa propia, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre, lo que viene confirmado por la definición que de servidumbre da el artículo 530 del Código civil, y por el dato de extinguirse las servidumbres por consolidación, al reunirse las dos cualidades de propietario y titular de la servidumbre, según previene el artículo 546, núm. 1.º de dicho Código.

Mas este obstáculo es más aparente que real. En primer lugar, porque en el caso de configurarse el derecho de subsue-

(33) R. GAY DE MONTEPELLÁ y C. MASSÓ ESCOFET: *Tratado de la Legislación de aguas públicas y privadas*, 2.ª edición, Barcelona, Bosch, 1949, pág. 105.

(34) CASTÁN, lugar citado, pág. 493.

lo como una enajenación, también el titular del resto de la finca tiene una cuota; parte indivisa sobre el mismo, si es partícipe de la Comunidad; con lo que, en parte al menos, tiene un dominio total sobre el suelo y una propiedad indivisa sobre el subsuelo; por lo que en lugar de dos transmisiones—una del titular de la Comunidad y otra de ésta al partícipe—sería más correcto la reserva o *deductio* por el transmitente de su avá parte indivisa sobre el subsuelo. Pero, sobre todo, porque esta dificultad es teórica, ya que nada obsta a que una de las facultades del propietario, la de usar y disfrutar en la medida de lo posible el subsuelo de su finca, esté en comunidad con otras personas, las cuales ostentan, en unión del dueño, la facultad de alumbrar aguas y apropiarse de las alumbradas. Es decir, hay un condominio en la titularidad de un derecho real de servidumbre, que en la parte que corresponde al dueño del suelo se funde formando un pleno y absoluto dominio, mientras que en las restantes partes, pertenecientes a los demás, aparece como un derecho real en cosa ajena. Lo que, como dice Vallet (35), sólo supone que esta coparticipación en el goce con los titulares del derecho real limitativo disminuye el valor económico que para éstos supone aquel derecho, cuyo derecho es sólo limitativo en cuanto pertenece a extraños.

La inscripción en el Registro de la propiedad no plantea problema específico alguno en esta fórmula que proponemos. La servidumbre podrá inscribirse al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la vigente Ley hipotecaria, ya que el predio sirviente queda perfectamente identificado. Faltará en algún caso la completa y exacta descripción del predio dominante, pero ya sabemos que el citado precepto sólo exige la inscripción en la «finca o derecho sobre que recaigan», siendo potestativo, según su párrafo segundo, el hacerlo constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo.

Así, se pueden configurar indistintamente la modalidad de los pozos como la de las galerías; y se permite, además, en los primeros inscribir la finca con el solar para el pozo, casa de máqui-

(35) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO: Notas inéditas cambiadas hace años.

Argumentos que corroboran y confirman esta tesis de Vallet y la sostenida por nosotros en el texto, sobre posibilidad de derecho real en cosa propia, se encuentran en doctrina muy destacable. Así, JOSÉ ALGUER (*Revista Jurídica de Cataluña*, enero-junio 1931, pág. 96) decía que "puede crearse directamente un derecho limitado sobre cosa propia. Así, cabe gravar la cosa común en favor de un copropietario (§ 1.009 Cód. alemán)". JOSÉ LUIS DÍEZ-PASTOR (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VI, Madrid, Reus, 1952, página 616) dice: "La servidumbre y la hipoteca pueden funcionar como derechos reales en cosa propia con independencia formal absoluta del dominio, y, sobre todo, la servidumbre, con una indiscutible utilidad."

J. V. M., al comentar la Sentencia de 17 diciembre 1954 (*Revista de Derecho Notarial*, número VIII, abril-junio 1955, pág. 370), dice que "el propietario puede disponer de su predio, gravarlo y enajenarlo; luego quien puede lo

nas y demás accesorios de la explotación, que vendría a ser el predio dominante. Y ello es posible aunque pudiera entenderse estábamos en un caso de creación de un derecho real nuevo o *swi generis*, pues, como antes apuntamos, tal cosa es posible en nuestro sistema, al amparo de la teoría del *numerus apertus* que informa nuestra legislación hipotecaria, como se comprueba con la lectura de los artículos 2.º de la Ley y 7.º de su Reglamento. Bastará con que se fijen concretamente sus condiciones, extensión y notas características, como decía Bonet (36) al comentar la Resolución de 4 de mayo de 1944, referente al derecho de vertedero. Así, reputamos preciso expresar el punto a partir del cual comienza el derecho constituido, fijando los diez, treinta o cincuenta metros, a contar desde el suelo en profundidad; con lo que quedará reservado al dueño del suelo el subsuelo existente hasta ese punto inicial (37).

Recientemente, La Rica (38), al comentar la disposición del número 1.º del nuevo artículo 16 del Reglamento hipotecario, dice que al derecho de superficie se le configura como un derecho real de utilizar el suelo ajeno para los fines de la edificación; y al estudiar el número 3.º del artículo 30, reformado, relativo al

más, puede lo menos, que es gravarlo con una servidumbre, ésta es un derecho real limitado; pero también tiene una faceta, la de que por él se realiza una entrada en comunidad. El propietario que limita su predio parcialmente en cuanto lo grava con una servidumbre, se hace, al mismo tiempo, comunero con el predio contiguo... Puede, pues, el propietario de un predio gravarlo en beneficio de otro de su misma propiedad”.

Y el mismo autor, al comentar otra sentencia del Tribunal Supremo de 4 marzo 1959 (en *Nuestra Revista*, octubre 1959, núm. 983, pág. 3) persiste en su afirmación.

(36) FRANCISCO BONET Y RAMÓN, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, año 1945, tomo I, pág. 98.

(37) Concretamente, en Gran Canaria, la cesión del suelo necesario en el caso tan frecuente de pozos, se haría previa la oportuna segregación con todas las circunstancias de la legislación hipotecaria, incluso con la determinación del resto que quede en poder del vendedor, el cual sería la finca que quedase gravada con esa “servidumbre de alumbramiento de agua subterránea y acueducto”; todo ello al amparo y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.º, número 2, y 3 de la Ley hipotecaria, y 47, 49, 50 y reglas 2.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª del artículo 51 de su Reglamento. Asimismo, cabe hacer notar que si el pozo, casa de máquinas, estanque y demás accesorios no formasen una finca única, por no ser colindantes entre sí, cabría, sin embargo, su agrupación como finca discontinua, al amparo de lo prevenido en los números 2, 3, 4 y 5 del artículo 44 y en el artículo 45 del citado Reglamento, complementados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 octubre 1947. En algún Registro de Gran Canaria existe un precedente de esta posibilidad, pues hemos visto inscrita en el de Teide una Comunidad sobre pozo y demás elementos, previa agrupación por constituir una unidad orgánica de explotación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.º, número 2.º de la Ley hipotecaria, a nombre de todos los adquirentes que constituyen una comunidad de bienes, y cuya nota va también al pie del título público de constitución de esa Comunidad.

(38) LA RICA, lugar citado, págs. 27, 51 y 52.

derecho real de vuelo, dice que se ha regulado este derecho como uno real sobre finca rústica ajena. Pues bien; aplicando tales criterios a nuestro derecho de subsuelo, cabrá afirmar que es una *limitación del dominio, una servidumbre*, consistente en ser un *derecho real de utilizar el suelo ajeno para los fines de alumbrar agua*; y calificarlo de *derecho real de subsuelo sobre fincas rústicas ajenas, que se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya*.

Notas para la interpretación del artículo 783, § 1.º, y 785, n.º 1.º del Código civil

(Voluntad interpretada y voluntad conjeturada por razones extrínsecas al testamento. Disposición de sustitución fideicomisaria y determinación de quiénes son los favorecidos por ella)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

I) PLANTEAMIENTO DE ESTE PROBLEMA INTERPRETATIVO.

La «Revista Internacional del Notariado» en sus números 45 y 49, respectivamente, ha publicado un informe de quien firma estas notas y un dictamen de nuestro querido maestro y amigo Ramón María Roca Sastre, referentes al mismo supuesto de hecho y radicalmente discrepantes en sus conclusiones.

La razón de tal disparidad es consecuencia de una distinta interpretación del § 2.º del artículo 783 (1) y del número 1 del 785 del Código civil (2), en especial en su relación con el artículo 675, § 1.º (3) del mismo Código.

A juicio de Roca Sastre: «el artículo 783 (párrafo primero) del Código civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 del mismo, en cuanto a la interpretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria, y concretamente de llamamientos al fideicomiso de los hijos puestos en condición en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, porque de otro modo aquel artículo quedaría inoperante, sería redundante o superfluo, lo que en todo punto es inadmisibles, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto».

(1) Art. 783, § 1.º: «Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.»

(2) Art. 785: «No surtirá efecto: 1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero»...

(3) Art. 675, § 1.º: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Una posición totalmente opuesta a la de Roca Sastre, en el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse puestos en sustitución en el régimen del Código civil, fué la mantenida por otro ilustre y querido amigo y compañero, Rafael Núñez Lagos (4), para quien: «El problema de si los hijos puestos en condición están instituidos o no, resuelto de plano por la transcrita ley de Partidas [se refiere a la ley 10, tít. IV, 6.ª P.], en el Código civil se centra, dentro del párrafo primero del artículo 675, como una mera cuestión de interpretación de voluntad. Ya no rige aquí el número primero del 785 del Código civil, sino el párrafo segundo del 772. Al margen de todo enrevesado mecanismo de conjeturas, la cuestión se limita al modo, forma o manera de *designar heredero*, para lo cual, como recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que, incluso, como *principio de derecho* contenido en fuente formal histórica) se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas».

Al comentar este párrafo hace casi cinco años (5) mostramos nuestra disconformidad. En primer lugar, porque según el juicio de la totalidad de los autores castellanos que la comentaron, la ley 10, tít. IV, Partida 6.ª se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria, paralelo al texto de Papiniano recogido en el Digesto (XXXV-I, 102) y conocido por ley *Cum ævus*, que entendió llamados como sustitutos fideicomisarios, preferentemente al extraño expresamente designado, a los descendientes del heredero fideicomitido *que ni siquiera habían sido mencionados*, es decir, *que no sólo no habían sido puestos en sustitución sino tampoco en condición*.

Pero, Núñez Lagos, generalizando la doctrina de aquel caso singular y pretendiendo alejarla de las sustituciones fideicomisarias, entendió que «la cláusula *si sine liberis decesserit*» era implícita en toda sustitución vulgar, y los hijos puestos en condición, expresa o tácitamente, heredaban siempre... «al margen de fideicomisos y sustituciones fideicomisarias». Y, al trasladar el problema al Código civil (7), si bien reconoce la derogación de la ley de Partidas por la disposición del artículo 1.976 del Código civil y, por tanto, de la *condición tácita si sine liberis decesserit*, entiende que ésta *en su forma expresa* es «una institución con condición resolutoria para el primer llamamiento y condición suspensiva para el segundo llamamiento», respecto a la cual, «como

(4) Rafael Núñez Lagos, Contestación al Discurso leído el 30 de abril de 1956, por Ramón M.ª Roca Sastre, en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con el título: "El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil", pág. 141.

(5) "Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *Si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil", págs. 6 y ss. en An. Der. Civ. IX-III, págs. 787 y ss.

(6) Núñez Lagos, loc. cit., pág. 137.

(7) Núñez Lagos, loc. cit., págs. 140 y s.

recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que incluso como *principio de derecho* contenido en fuente normal histórica) se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas».

Nosotros, por la razón de considerar que todo llamamiento *si sine liberis decesserit* implica siempre una sustitución fideicomisaria condicional, y por estimar asimismo que la doctrina de la ley *Cum avis* y de la ley 10 del tít. IV, P. 6.^a—que presupone el llamamiento fideicomisario a favor de los hijos del fideicomitado por razón puramente legal—afirmamos entonces (8) que esa doctrina no puede ser trasladada a la cláusula expresa *si sine liberis decesserit*. Lo impiden los artículos 783, § 1.^o y 785 número 1., que la contradicen de tal modo que *eliminan la posibilidad de todo fideicomiso presunto*. En este sentido —y no en el entendido por Roca Sastre— escribimos que «tampoco puede sostenerse la remisión al artículo 772, sino que queda el escollo de los artículos 783, § 1.^o, y 785, número 1.^o».

A juicio nuestro, en los llamamientos *si sine liberis decesserit* —como fideicomisos condicionales— no caben conjeturas extratestamentarias, es decir, no deducidas del tenor del mismo, por impedirlo los artículos 783, § 1.^o, y 785, número 1.^o; pero sí que se puede y debe interpretar la voluntad del testador, según el tenor del testamento —de acuerdo con el artículo 675 C. c.— para averiguar si los hijos puestos en condición también se hallan puestos en sustitución. Se prohíben, pues, en dichos textos, las *conjeturas extratestamentarias*, pero no se pueden entender exceptuadas, contradiciendo el artículo 675 C. c., las *conjeturas testamentarias*.

Según el referido dictamen de Roca Sastre, cabe distinguir unas conjeturas *iuris seu legis* establecidas como derecho supletorio (como, v. gr., la ley 40 de Toro y la Pragmática de Felipe III de 5 abril 1615, que presumieron la representación en el mayorazgo del primogénito prefallecido por sus descendientes legítimos por su orden) y otras *hominis seu iudicis*, que —según cree— pertenecen al campo de la interpretación. A su juicio, al no haber recogido el Código civil ninguna conjetura *iuris seu legis* en esta materia, el artículo 783 «no puede referirse a ellas por simple aplicación del principio lógico de contradicción, sino a las otras conjeturas *hominis seu iudicis*, que sirven de base para aquel esfuerzo interpretativo integrador de la «construcción conjetural de la voluntad testamentaria». «Por tanto —concluye Roca— dicho artículo 783 del Código rechaza las conjeturas simples sobre las que por vía de interpretación se pretenden basar posibles llamamientos a las sustituciones fideicomisarias.»

Esta clasificación, expuesta por nuestro querido y admirado maestro, no nos parece completa, porque entre las que Roca

(8) Loc. cit., pág. 79, y *An. Der. Civ.*, cit. pág. 859.

Sastre denomina presunciones *hominis seu iudicis*, creemos necesario subdistinguir las *basadas en el tenor del testamento* y las *derivadas de razones extrínsecas al mismo*, sean de equidad, de consideraciones sociales, de lo que es corriente querer en tales casos por el común de los causantes, de las circunstancias familiares y personales del testador, etc., etc. Las primeras (es decir, las basadas en el tenor del testamento) sólo muy lentamente pueden llamarse presunciones, y, evidentemente, entran de lleno en el campo de la interpretación, en el ámbito del artículo 675 C. c. No pueden, por tanto, entenderse excluidas por los artículos 783, § 1.º, y 785, número 1.º, si éstos y aquél pueden ser armonizados sin limitar la regla general que para la interpretación establece el Código en el 675.

Pero, antes de insistir en nuestra opinión, creemos de interés repasar el criterio de los autores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, referentes a los preceptos que nos ocupan.

II) OPINIÓN DE LOS AUTORES ACERCA DEL SENTIDO DE LOS ARTÍCULOS 783, § 1.º, Y 785, NÚMERO 1.º C. c.

Aparte de los autores que sólo repiten los términos de dichos preceptos sin comentarlos ni explicarlos (9), podemos clasificar a los que se ocupan de desentrañar su sentido en los siguientes grupos:

a) Manresa (10) —que como es bien sabido fué vocal de la Comisión codificadora— afirmó que la necesidad del número 1.º del artículo 785 resultaba evidenciada, «dada la doctrina admitida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 26 junio 1862, que interpretando la ley 14, tít. 5.º de la Partida 6.ª, reconoció la posibilidad de la designación confidencial, y en tal concepto viene a ser modificado por dicha regla el antiguo derecho».

(9) Entre éstos y antes que ninguno podemos colocar al Presidente de la Comisión redactora del Código, Manuel Alonso Martínez, "El Código civil en sus relaciones con las Legislaciones forales" (2.ª ed. Madrid 1947), pág. 175. Apuntamos además a Manuel de Bofarull, "Código civil español" (3.ª ed. Madrid, 1889), págs. 2949 y s.; José Gonzalo de las Casas, "Aplicación práctica del Código civil español" (Madrid, 1889), pág. 379; José M.ª Planas y Casals, "Instituciones de Derecho Civil español", T. II (Barcelona, 1914), pág. 651; M. Miguel Traviesas, "Sustituciones hereditarias", en Rev. Der. Priv. XIV (diciembre 1927), págs. 417 y s.; Felicísimo de Castro, "Derecho civil", vol. II (Madrid 1928), pág. 263; Calixto Valverde Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español", T. V (4.ª ed. Valladolid 1939), pág. 196; Francisco Bonet Ramón, "Derecho Civil común y foral", T. II (Madrid, 1940), págs. 507 y ss.; Miguel Royo Martínez, "Derecho Sucesorio" (Sevilla, 1951), pág. 160; Diego Espín Cánovas, "Manual de Derecho Civil Español", vol. V (Madrid, 1957), páginas 215 y 217.

(10) José M.ª Manresa y Navarro, "Comentarios al Código civil español", tomo VI —6.ª ed. Madrid 1922— arts. 783 a 786, pág. 155.

Esta misma interpretación del artículo 783, § 1.º, y del 785 número 1.º, que los concreta a la *prohibición de los fideicomisos confidenciales o secretos*, la admitieron la mayoría de los autores inmediatos a la promulgación del Código civil, tales: Alcubilla (11), Navarro Amandi (12), Bonel (13), Firmat (14), López R. Gómez (15), Falcón (16), Ramos Bascañana (17). Según Firmat explicó, «se rechaza [en esos artículos] la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en varias sentencias, interpretando bien nuestras leyes, declaró válidas las designaciones de fideicomisarios, hechas en documentos privados o en conferencia verbal con el fiduciario». Con otro enfoque López R. Gómez, dice que el artículo 783 «se funda en las leyes 14, tít. 4.º, Partida 6.ª y 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que exigieron la capacidad en el fideicomisario para aceptar la herencia y *para evitar que ésta pudiera ser transferida a personas indignas*».

Sánchez Román (18) siguió el mismo criterio, que razonó largamente y centró en la afirmación de que, el artículo 783, § 1.º, no puede significar otra cosa «que la necesidad de designar expresamente el nombre del heredero fideicomisario, no pudiendo, por tanto, hacer designación de un modo secreto o reservado, declarándola únicamente al fiduciario, ya de palabra, ya por escrito».

Años más tarde insistieron en esta misma interpretación Oyuelos (19), de Casso (20) y De Buen (21). Este entendió el artículo 783 en el sentido de que «los llamados habrán de ser personas

(11) Marcelo Martínez Alcubilla, "Diccionario de la Administración Española", voz "Sucesiones", vol. IX (5.ª ed., Madrid 1894), pág. 599, donde glosa al texto literal que transcribe "y no según instrucciones reservadas".

(12) Mario Navarro Amandi, "Cuestionario del Código civil reformado", tomo III (Madrid 1890), art. 785, pág. 252.

(13) León Bonel y Sánchez, "Código civil español", T. III (Barcelona 1890), art. 785, núm. 1, pág. 376.

(14) Jesús Firmat y Cabrero, "Antinomias y oscuridades del Código civil", IV, en "La Reforma Legislativa", año XIX, núm. 959 (Madrid, 25 de mayo de 1890).

(15) Nicolás López R. Gómez, "Tratado teórico legal del Derecho de Sucesión", T. I (Valladolid 1891), pág. 470.

(16) Modesto Falcón, "Exposición doctrinal del Código civil español, común y foral", T. III (5.ª ed., Barcelona, 1897), págs. 207 y s.

(17) Rafael Ramos Bascañana, "De las sucesiones", T. I (Madrid 1894), págs. 304 y ss.

(18) Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", T. VI-1.º (2.ª edición, Madrid 1910), págs. 696 y ss.

(19) Ricardo Oyuelos, "Digesto", T. III (Madrid, 1920), págs. 396 y ss. A su juicio: "Impone el legislador la claridad en la expresión, para que no puedan prevalecer disposiciones encubiertas en favor de lo que quiere prohibir".

(20) Ignacio de Casso y Romero, "Derecho civil español", T. I (Madrid 1926), pág. 480, donde se lee: "hace falta que los llamamientos sean expresos (art. 783), o sea designando por su nombre al fideicomisario".

(21) Demófilo de Buen, Notas al "Curso elemental de Derecho Civil", de A. Colín y H. Capitant, vol VIII (Madrid, 1928), pág. 316.

ciertas y determinadas, no pudiendo quedar el nombramiento al arbitrio o la conciencia del primer llamado».

b) Burón (22) propuso otra interpretación. Opuso fideicomisos expresos y tácitos, pero entendió por forma *tácita* la «establecida por la ley, como sucedía en el caso de que fueren instituidos hijos naturales o legítimos, expresando el testador que toda la herencia fuera para el último que falleciera, en el cual sobrentendía la ley en el llamamiento de cada uno como sustitutos, la condición tácita, *si el otro fallecía sin hijos*, que implicaba a favor de éstos un derecho de preferencia sobre el otro heredero, que descansaba sobre la existencia de la sustitución legal *tácita*».

El mismo criterio aceptó De Diego (23), que alude al respecto a la derogación de la forma tácita contenida en la ley 10, tít. IV, Partida sexta.

Como vemos, estos dos autores entienden que lo derogado por el artículo 783, § 1.º, fueron precisamente las presunciones fideicomisarias que Roca Sastre denomina *iuris seu legis*.

c) Un tercer criterio fué expuesto por Mucius Scaevola (24). Este autor ha sido de los pocos que han abordado la posibilidad de que el artículo 785, número 1, contenga una derogación evidente del artículo 675, sobre interpretación de testamentos, pero la rechazó. A su juicio «*derogación hecha en forma tal llenaría de dudas y de confusiones, si hubiera de entenderse con entendimiento riguroso*», y que «*si supusiéramos que sólo habrían de ser válidas las dos fórmulas rigurosamente ajustadas a los términos del artículo, daríamos al legislador el desairadísimo papel de cazador de vocablos, y le crearíamos una posición perfectamente bufan*».

A juicio de Scaevola, lo que el Código trata de desterrar son las fórmulas en las que «*no se ordena, sino que se ruega, se pide, se suplica, se recomienda al heredero o se le manifiesta el deseo de que restituya los bienes*». En definitiva, opinó «que allí donde se exige que la sustitución sea expresa quiso decirse en realidad que fuera *imperativa*, esto es, que contenga la demostración de que el testador establece la sustitución fideicomisaria por su propio imperio y no abandonándola a la voluntad de los herederos del fiduciario».

Castán Tobeñas (25) parece inclinado a este criterio, ya que

(22) Gregorio Burón García, "Derecho Civil Español", T. III (Madrid 1904), núm. 1.024, pág. 85.

(23) Felipe Clemente de Diego, "Instituciones de Derecho Civil", T. III (Madrid 1932), pág. 164.

(24) Quintus Mucius Scaevola, "Código civil, comentado y concordado extensamente", T. XIII (5.ª ed., Madrid 1934), art. 785, III, A, págs. 736 y ss.

(25) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil Español Común y Foral", I-2.º (Madrid, 1939), págs. 244 y s., nota.

dice: «el requisito del Código es difícil de matizar, pues si se tomase con excesivo rigor formal, resultaría absurdo dentro de los principios espiritualistas que el Código civil y, en general, el Derecho moderno, sustentan en orden a la forma de las declaraciones de voluntad. A juicio de Scaevola, lo único que rechaza el Código son las antiguas formas indirectas o de ruego que se empleaban para ordenar la sustitución». Palabras con las cuales, si bien no define decididamente su posición, en cambio, es rotundo en la crítica del mismo criterio que discutimos y rechazamos.

d) Una posición acumulativa de las anteriores es la adoptada por Ossorio Morales (26). Este autor aplica las normas de que tratamos: a no reconocer como sustituciones fideicomisarias los meros ruegos y recomendaciones; a rechazar como tales las disposiciones que no estén hechas de modo claro y terminante; también, los «llamamientos conjeturales o confidenciales [notemos la equivalencia que establece el autor entre ambas palabras], o sea, aquéllos en que se silencie o reserve quiénes han de ser beneficiarios, comunicándolo de modo secreto al fiduciario», y, en fin, la sustitución fideicomisaria tácita de la ley 14, tít. 5.º, Partida sexta.

e) De Díaz Cobeña (27) conocemos sólo su opinión contraria a la tesis que discutimos, pues al dictaminar acerca de si determinada cláusula implicaba o no sustitución fideicomisaria, acudió al artículo 675 C. c., sin invocar siquiera como posible obstáculo, para aplicar su doctrina, los referidos preceptos de los artículos 783, § 1.º, y 785, número 1.º

f) Lacruz Berdejo (28) se ha limitado a glosar que el artículo 783 del Código civil, «no admite los llamamientos conjeturales», y añade: «Véase, no obstante con criterio muy amplio, en un caso de hijos puestos en condición, sentencia de 4 de marzo de 1952». Esperamos la obra que tiene muy adelantada este autor, buen amigo nuestro, para que nos concrete su criterio, que particularmente nos ha manifestado, de rechazar la exclusión de la aplicación del artículo 675 del Código civil, por creer que las conjeturas prohibidas son sólo las basadas en razones extratestamentarias.

Borrel y Soler (29), si bien comenzó afirmando que el Código no admite la validez de los fideicomisos tácitos, añadió luego

(26) Juan Ossorio Morales, "Manual de Sucesión Testada" (Madrid 1957), págs. 273, 279 y 280.

(27) Luis Díaz Cobeña, "Dictámenes" (Madrid, 1918), dict. IX, págs. 181 y ss.

(28) José Luis Lacruz Berdejo, Notas al "Derecho de Sucesiones", de Julius Bindar (Barcelona 1953), § 11, pág. 113.

(29) Antonio M. Borrell y Soler, "Derecho Civil Español", T. I. (Barcelona 1954), § 323, pág. 133.

que a veces, «aunque no se declare positivamente que se quiere establecer y disponer un fideicomiso, el testador puede hacer manifestaciones formales de voluntad que indirectamente impongan la creación de un fideicomiso», y que «el Código, aun sin llegar a catalogar una serie de casos en que tenga que presumirse la existencia de un fideicomiso tácito, no puede desconocerlo, como dan a conocer las últimas palabras del número 1.º del citado artículo 785. De todos modos, han de disponerse en forma inducida; y como las privaciones de libertad no se presumen, en caso de duda una sustitución se presume vulgar y no fideicomisaria».

g) No puede, pues, afirmarse que la opinión de Roca Sastre tenga precedentes en los comentaristas del Código civil que con anterioridad se ocuparon de estas normas. Fué Roca Sastre más allá que los autores de regiones de Derecho común, cuando en sus *Estudios* (30) contrapuso fideicomisos *expresos* y *tácitos* por razón de la admisión de éstos en las regiones de Derecho romano y de su inadmisión en el Código civil. A su juicio, a diferencia de éste, «en las regiones de Derecho romano cabe el fideicomiso tácito, o sea, aquel en el cual el gravamen fideicomisario se induce a través de una interpretación lógica de la voluntad del testador y a base de conjeturas o presunciones. El fideicomiso expreso surge de una simple interpretación literal; el tácito aparece gracias a una interpretación intencional».

Puig Peña (31) aparece ya notablemente influido por Roca Sastre. Véase su definición de los *fideicomisos tácitos* «como una interpretación de las cláusulas impuestas por el testador en el testamento», y su afirmación de que «en la órbita territorial del Código civil están éstos proscritos». No obstante, más adelante afirma que el artículo 783, § 1.º, rechaza terminantemente «el régimen secreto o de confianza extremada, que tan malos resultados dió en los territorios españoles dominados hoy por el Código civil, no existiendo, por tanto, el llamado fideicomiso *tácito o conjetural*». Y, después de insistir en la necesidad de que «el testador establezca el fideicomiso *de una manera inequívoca*», añade que ello, «sin embargo, no significa ni con mucho que el causante tenga que ordenar su testamento consignando *explícitamente* la ordenación fideicomisaria, con este mismo nombre o expresión; basta que ello se deduzca de la forma, modo y término en que se ha expresado al instituir». Y acaba por volver a decir que el artículo 785, núm. 1.º, confirma la exclusión de la forma tácita en el Código civil.

(30) Ramón M.ª Roca Sastre, "Estudios de Derecho Privado", "II Sucesiones" (Madrid 1948), págs. 40 y s.

(31) Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho civil español", V-I (Madrid 1954), págs. 479 y s., 490 y 492 *in fine* y ss.

Comparados los conceptos de fideicomiso tácito de Borrell y Soler y de Roca Sastre, así como observando las vacilaciones de Puig Peña, se aprecian dos diferentes concepciones del mismo. Una que opone *expreso a tácito*. Otra que opone *literal a tácito y expreso a presunto*. Admitido el fideicomiso expreso que no sea literal, resulta difícil precisar dónde termina la interpretación de la voluntad expresa y comienza la de la voluntad tácita. Por ello, lo que separamos radicalmente es: *la interpretación de la intención del testador deducida del tenor del testamento*, de una parte, y, de otra, *las conjeturas derivadas de razones extratestamentarias con el fin de determinarla a base de presunciones*.

III) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELACIONADA CON ESTE TEMA.

Han sido pocas las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de esta cuestión con referencia al Código civil. Sólo conocemos las dos que cita Roca Sastre en su Dictamen, que no creemos favorezcan su tesis, sino al contrario—a juicio nuestro—la contradicen, como vamos a ver:

Sentencia de 30 de enero de 1928:

Se discutía la interpretación de una cláusula, en la cual el testador, después de instituir a varios sobrinos carnales, por partes iguales, agregaba que: «si alguno de ellos falleciere sin hijos, la parte del mismo correspondiente la acrecerán los demás coherederos, y el que muera con sucesión, ésta heredará la parte que al mismo le pertenezca en propiedad absoluta».

La Audiencia de Valencia declaró que la hija de una sobrina premuerta tenía derecho a coparticipar con sus tíos en la porción de otro tío fallecido sin hijos.

Se interpuso recurso de casación, invocándose en uno de los motivos infracción de los artículos 783 y 785 del Código civil.

Y el Tribunal Supremo, si bien casó la sentencia recurrida, no se apoyó, para ello, en ninguno de estos dos preceptos, sino precisamente en el artículo 675 del Código civil, para interpretar la voluntad del testador según el tenor del testamento, entendiéndolo, por esa vía, que en el caso discutido sólo era dable el derecho de acrecer (mal llamado así en el testamento) entre los coherederos que viviesen al ocurrir el fallecimiento del causante.

Sentencia de 4 de marzo de 1952:

Se trataba de interpretar unas cláusulas testamentarias, de las cuales, en la 4.^a, se mejoraba a un hijo Am., ordenando que de fallecer éste sin hijos legítimos pasaría la mejora a su hermano Aug., y si concurriese en éste igual causa, a su también

hermano Eu., y—en la 5.ª—se disponía que si a Am. o al hermano que resultase mejorado «sobreviviese hijo o hija o más de uno, y fallecieren éstos sin quedar sucesión de ellos o abintestato o a edad pupilar, era terminante voluntad del testador que... la parte del referido legado o cuanto constituye la mejora, volverá precisamente al hermano del Am., según el orden establecido en la cláusula anterior, porque constituyendo la tan repetida mejora del quinto una gracia del padre para su hijo, *no está en su ánimo y deseo que ella llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia*».

Am. había muerto sin descendencia, Aug. y Eu. le habían premuerto, pero quedaba un hijo legítimo de ese último, que demandó a la viuda y herederos de aquél.

La Audiencia de La Coruña reconoció el derecho de dicho nieto.

Contra su sentencia, se interpuso recurso de casación, en el cual se invocó, en su tercer motivo, infracción de los artículos 783 y 785 del Código civil.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso, y de nuevo se apoyó en el artículo 675 del Código civil, para deducir la verdadera intención del testador, conjugando el *sentido literal con el lógico, sistemático y teleológico* de las cláusulas testamentarias. Y, pese a reconocer que en texto literal no encajaba la solución recurrida, afirmó que *es preciso coordinar en el sentido literal de la cláusula con la aspiración o finalidad que presidió la formación de los testamentos* [pues eran dos, el del padre y el de la madre, esencialmente iguales] *en los que fué intención fundamental el mantenimiento del quinto, en lo posible, dentro de la familia legítima por sucesión directa, y ante tal finalidad, bien puede afirmarse que si los testadores hubieren previsto de modo concreto y explícito la situación de facto creada al fallecimiento sin descendencia del primer instituido, sobreviviéndole en sucesión directa el demandante en este pleito, sería éste el designado para heredar la mejora del quinto con preferencia a la viuda del hijo primeramente llamado y a los demás parientes que no descendiesen del alguno de los hijos y favorecidos con la mejora.*

La conjetura interpretativa es muy patente, tanto como la falta de llamamiento literal al nieto. Es claro, pues, que los nietos no estaban llamados literalmente como sustitutivos vulgares *in fideicomiso* de su padre, ni como sustitutos fideicomisarios de sus tíos; pero, en cambio, de la interpretación de la intención del testador deducida—conforme el artículo 675 del Código civil—del tenor del mismo testamento (concretamente, del inciso que hemos subrayado al transcribirlo), el Tribunal Supremo dedujo que el llamamiento existía. El criterio de admitir un esfuerzo interpretativo para deducir la disposición de una sustitución fideicomisaria y de aceptar conjeturas apoyadas en el tenor del testamento, fué, pues, aplicado con verdadera amplitud.

IV) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Si exceptuamos un considerando de la Resolución de 11 de julio de 1923, que no pasa de ser un mero *obiter dictum*, tampoco la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado favorece la tesis de Roca Sastre.

Resolución de 25 de junio de 1895:

Se halló ante un supuesto en que se discutía si la sustitución establecida *era vulgar o bien era fideicomisaria*. La Dirección decidió que sólo era vulgar apoyándose en el artículo 785 (considerandos 2.º y 5.º), pero también, en el artículo 675 del Código civil (en el 4.º considerando), que, por ende, no consideró incompatibles.

Resolución de 11 de julio de 1923:

Es cierto que en uno de los considerandos de esta resolución hallamos el verdadero antecedente de la opinión de Roca Sastre, pues después de haber contrapuesto en otro considerando *llamamientos expresos y conjeturables*, el referido excluye la posibilidad de indagación de la voluntad del testador a través de las cláusulas testamentarias. Pero, debe observarse que en el testamento en cuestión no había base interpretativa alguna para entender que en aquel caso los hijos puestos en condición lo estuvieran también en sustitución. Por eso aquel considerando poco pudo influir en la resolución.

Resolución de 8 de mayo de 1924:

También invocó los artículos 783 y 785, núm. 1.º, para excluir de la disposición los hijos puestos en condición en un supuesto en que tampoco podía deducirse del tenor del testamento su inclusión en disposición. Las conjeturas que rechazó estaban basadas *en razones de equidad o sobre el destino familiar de los bienes*; pero nada declaró en contra de las que pudieran fundarse en la deducción de la intención del testador, según el tenor del testamento.

Resolución de 31 de diciembre de 1930:

Podemos decir de ella lo mismo que de la anterior. Opuso los dos citados preceptos para rechazar *«las razones de equidad que pudieran servir para apoyar la opinión contraria»*. Es decir, rechazó conjeturas extratestamentarias.

Resolución de 25 de abril de 1931:

Ante un supuesto en que se discutía si se había dispuesto una sustitución fideicomisaria o sólo un fideicomiso de residuo, resolvió esto último, fundado no sólo en los artículos 783 y 785,

sino también en la interpretación del tenor del testamento, razonando precisamente sobre su texto, que inducía a entender que sólo se trataba de un fideicomiso de residuo.

Resolución de 19 de diciembre de 1942:

Se refirió a un supuesto en el cual el Registrador pretendía que unos hijos puestos en condición estaban puestos en sustitución. La Dirección lo rechazó, invocando los artículos 783 y 785, núm. 1.º (en su 4.º consid.), pero también que *del estudio de la cláusula testamentaria* tampoco se infiere la existencia de una prohibición expresa de enajenar (en el 5.º consid.).

Por lo tanto, en ninguno de los supuestos contemplados por las Resoluciones referidas había base alguna para inferir que fuese voluntad del testador llamar fideicomisariamente a los nombrados. Dos de ellas sólo rechazaron expresamente las conjeturas basadas en *razones de equidad o sobre el destino familiar de los bienes* (es decir extrínsecas) y las otras tres se preocupan de averiguar cuál era la verdadera voluntad del testador.

V) INTENTO DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 783, § 1.º Y 785, NÚMERO I.

Creemos que un intento cuidadoso para interpretar estos textos legales requiere averiguar en qué puntos confirman éstos una doctrina preexistente al Código y en qué extremos innovan el anterior ordenamiento.

Nuestro examen observa tres principales direcciones en la aplicación de los referidos preceptos: A) La prohibición de los fideicomisos tácitos u ocultos. B) La derogación de las presunciones *iuris seu legis* de sustitución fideicomisaria; y C) La ampliación del viejo principio *in dubio contra fideicommissum, fideicommissum semper est in dubio iudicandum*. Los trataremos separadamente.

A) *Derogación de los fideicomisos confidenciales o secretos.*

Es sabido que el adverbio *tácitamente* tiene tres significados: *secretamente, sin expresión y sin declaración formal*, según resulta del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

La *expresión secreta* de un fideicomiso naturalmente se verificaba fuera del testamento, verbalmente o por escrito. En ese sentido, nos dice Escriche (32): «También se entiende por *fideicomiso tácito* una disposición simulada hecha aparentemente a favor de alguno, pero con intención secreta de hacer pasar el beneficio de esta disposición a otra persona que no se nombra en el testamento. Este fideicomiso no suele hacerse sino a fin de

(32) Joaquín Escriche, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", T. I (3.ª ed., Madrid 1847), voz Fideicomiso, pág. 791.

que recaiga la herencia en alguna persona que se halla en estado de incapacidad legal para recibirla, valiéndose el testador de algún amigo u otro sujeto de confianza, a quien nombra heredero con el encargo de que entregue los bienes a la persona que se designa». Por esa última razón, sin duda—como observó Maynz (33)—, en Derecho romano, se empleó la expresión de fideicomiso tácito en el sentido—más restringido—de fideicomiso tachado de nulidad por haber sido hecho en fraude de la ley, lo que daba lugar a que pasara al fisco la cosa fideicomitada (Dig. XXII-III, 3 y XXVIII-VI, 43, § 3.º).

El fideicomiso tácito, en el sentido de confidencial, había sido claramente admitido por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 26 de junio de 1862, declaró en su primer considerando, «que la ley 14, Título XV de la Partida 6.ª, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una tiene la comisión o encargo de entregar la herencia y otra, el derecho de recibirla, no prohíbe que la designación de la segunda sea confidencial; y que la práctica y la jurisprudencia han autorizado que esa designación se haga, ora en cédulas o papeles reservados, ora a la misma persona a quien se da la comisión».

Esta doctrina preocupó indudablemente a algunos juristas, como nos refleja Manresa, al decirnos su opinión de que la finalidad de los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1, fué precisamente la de suprimir esos fideicomisos confidentiales no contenidos en el testamento, exigiendo que constaran expresamente en éste. Es revelador que la inmensa mayoría de los autores inmediatos al Código civil siguieran ese criterio.

Claro que no faltará quien alegue que la prohibición de esa clase de fideicomisos se halla en el núm. 4.º del artículo 785, que dispone que no surtirán efecto: «Las [sustituciones fideicomisarias] que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta, según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador». Pero, puede replicarse que el transcrito núm. 4.º se refiere a aquellas sustituciones en las cuales se imponen encargos reservados al heredero, que actúa como un verdadero liquidador; mientras que el núm. 1.º afecta especialmente a la designación de la persona del sustituto fideicomisario que sólo puede hacerse en el testamento.

La redacción de los preceptos contenidos en los artículos 783, § 1.º, y 785, núm. 1.º, es idéntica a la de los artículos 784, § 1.º, y 786, núm. 1.º, del Proyecto de 30 de abril de 1888 y a la de las bases D y E, redactadas por Durán y Bas y aprobadas por la Comisión codificadora reunida en pleno en 15 de noviembre

(33) Carlos Maynz, "Curso de Derecho Romano", T. III, § 446, nota 3, traducción española de Pou y Ordinas (Barcelona 1886), pág. 756.

de 1882. Nada aclaró Alonso Martínez, que nos relata los puntos de discusión en esta materia que circunscribe: a la admisión o no de los fideicomisos; al límite de sus llamamientos; a la admisión o no de la facultad de disponer por el fiduciario, y a la derogación de la cuarta trabeliánica; sin decirnos nada del significado de las bases C y E (34). Es de notar que el núm. 4.º del artículo 785 no reproduce ninguna de las bases, por lo cual parece que debe ser desarrollo de lo propuesto en las bases C y E, circunstancia que creemos nos confirma el paralelismo de los números 1.º y 4.º del artículo 785 y que ambos son aplicación del principio contenido en el artículo 783, § 1.º.

No obstante parecer que el *leit-motiv* de los artículos 783, § 1.º, y 785, núm. 1, fué la derogación de los fideicomisos secretos, no es menos cierto que su texto y su sentido finalista pueden alcanzar, además, otras consecuencias, como vamos a tratar de comprobar.

B) *Derogación de los antiguos fideicomisos legales.*

Los fideicomisos legalmente establecidos, parten de una presunción *iuris seu legis*, que se impone con eficacia *iuris et de iure*. Entre los de este tipo, aplicados por el Derecho castellano, hemos visto citados a lo largo de este trabajo los contenidos en la ley 10, Título IV, 6.ª Partida, en la ley 40 de Toro y en la Pragmática de 1615.

Según Roca Sastre, todos estos fideicomisos han quedado abrogados por el artículo 1.976 del Código civil, que establece la disposición derogatoria del Derecho anterior. Y cree que, por dicha razón, el artículo 783, § 1.º no puede referirse a ellos, porque «sería redundante y superfluo, pues el legislador en sus preceptos se produce en serio, lo que impide entenderlos en el sentido de que no produzcan efecto».

No obstante, hemos visto que Gregorio Burón y Felipe Clemente de Diego entendieron precisamente que el artículo 783 derogó el fideicomiso tácito legal de la citada ley de Partidas.

Y, es más—como también hemos visto—, Rafael Núñez Lagos cree invocable «como recurso técnico», y «puede ser incluso como *principio de derecho* contenido en fuente formal histórica», «la indiscutible autoridad de las Partidas».

¿Es, pues, tan clara la redundancia de esta aplicación de los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1.º? ¿Es qué no puede servir para resolver duda alguna?

A juicio nuestro, aunque sólo tuvieran esa aplicación, estas normas no serían redundantes, como vamos a ver.

En efecto, dice el artículo 1.976, que: «*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este*

(34) Manuel Alonso Martínez, Op. cit., cap. V, págs. 165 a 176.

Código y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes, directamente obligatorias, como en el Derecho suppletorio. Pero, aunque todo el Derecho anterior haya quedado derogado en su calidad de norma positiva, no obstante en aquello que no se halle regulado de otro modo por el Código civil, ni excluído por éste, puede seguir actuante el derecho anterior, sea como costumbre *praeter legem*, si así fuera vivido, o bien integrando criterios interpretativos e incluso principios generales del derecho.

No olvidemos que la ley 10, Título IV, 6.^a Partida, recogió la doctrina de unos textos del *Corpus Iuris*, transformando en fideicomiso tácito lo que en el Derecho romano era liberación tácita de un fideicomiso expreso. Dos constituciones de Justiniano Cod. VI-XXV, 6, § 1.^o, y VI-XLII, 30, habían elevado a norma legal una respuesta de Papiniano (Lib. IX de sus Respuestas), que fué recogida también por Justiniano en sus Pandectas (Dig. XXXV-I, 102) y conocida con el nombre de ley *Cum avus*. Es decir, que en su origen el criterio de esos textos nació como producto de un razonamiento jurídico y no de una norma imperativa.

Por ende, no parece tan llano afirmar que serían redundantes los artículos 783, § 1.^o y 785, núm. 1, si se interpretasen en el sentido de significar la derogación de los fideicomisos legales, como el de la citada ley de Partidas, que comienza diciendo: «*Tacita conditio*, en latín, tanto quiere decir en romance, como callada condición; que es de tal natura, que magüer non sea puesta señaladamente, entiéndese en derecho». Al exigirse que el fideicomiso sea expreso, no cabe presumirlo, como hizo la ley de Partidas. «por conjetura de piedad», ni afirmar, a ese efecto, *quod minus scriptum, quod dictum fuerat inveniretur*, con palabras de la ley *Cum avus* (35). La conjetura de piedad no escrita es excluída por estos artículos del Código civil, derogatorios de la ley que la consagraba: sólo queda la posibilidad de deducirla del tenor del testamento de conformidad al artículo 675 del Código civil.

C) *Accentuación del principio «in dubium contra fideicommissum.»*

Es de notar que con anterioridad al Código civil era ya regla interpretativa la enunciada *in dubium contra fideicommissum*, o bien *fideicommissum semper est in dubio iudicandum* (36).

(35) Notemos que el texto de la ley *Cum avus* no estableció un fideicomiso tácito a favor de los descendientes del nicto, sino que, en beneficio de éstos, entendió no impuesto el establecido expresamente a favor del tío. En este sentido entendida dicha doctrina, ya no se oponen a ella los arts. 783 y 785 C. c., sino el art. 675 y tan sólo en el caso de que del tenor del testamento no haya base para deducir que la verdadera intención del testador fué la de supeditar el fideicomiso al caso que el fiduciario no tuviera descendencia.

(36) EMILIO SEGUER Y OLIVET, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña* (Gerona, 1913), págs. 107 y ss., aduce los siguientes textos romanos: Dig. XXVIII-V, 27, §§ 1.^o y 2.^o; XXVIII-VII, 17; Cod. VI-XXV, 8;

De esa doctrina, el Derecho común dedujo, además, que en caso de duda la sustitución debía entenderse vulgar y no fideicomisaria, o bien pupilar y no fideicomisaria. Así lo proclamó el capítulo 1.º, Título XI, Libro III del Sexto de las Decretales: *En materia de sustituciones (mientras, como en el caso propuesto, convenga a los instituidos en palabras y personas) debe reputarse la sustitución directa y no la oblicua, aun cuando alguna vez, por algún motivo, se equipara al fideicomiso.*

No hay duda de que el Código civil también ampara esta doctrina en los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1.º, y, al parecer, también la amplia, en cuanto no parece posible compatibilizar el requisito de *imponer la obligación terminante con los simples ruegos* de transmitir o conservar o entregar, ni la exigencia de ser dispuestos de *manera expresa* con las conjeturas extrínsecas al testamento.

Procuraremos deslindar con cuidado estas cuestiones:

a) *Los simples ruegos, súplicas o recomendaciones de conservar, restituir, transmitir o entregar—al contrario que en el Derecho anterior—no pueden considerarse, bajo el régimen del Código civil, como disposiciones fideicomisarias.*

Así—según hemos visto—lo han entendido Mucius Scaevola y Castán Tobeñas.

Si no se da la denominación de fideicomiso o sustitución fideicomisaria, ni resulta impuesta una obligación terminante que la equivalga, los simples ruegos, súplicas o recomendaciones no parecen suficientes, con arreglo al núm. 1.º del artículo 785, para establecer una sustitución fideicomisaria. A no ser, es claro, que—pese al empleo de esas palabras imprecatorias—se puede deducir del tenor de otras expresiones del testamento—conforme al artículo 675 del Código civil—que la voluntad del testador fué la de imponer la sustitución ineludiblemente.

b) *Para conocer la verdadera voluntad del testador de establecer un fideicomiso, no es posible—en el régimen del Código civil,*

Dig. XXX-único, 114, § 14. De los dos primeros párrafos dedujo que, “sobre todo el primero, revelan que si en un instrumento o título se nombra una persona con gravamen de restitución, pero, esto no obstante, se manifiesta en cualquier parte del propio título, que se le deja libre, como a tal se le debe reputar”. De los dos últimos textos deduce que “para que se reputé existir un gravamen que afecte a la institución de heredero, es menester que conste sin duda de ninguna clase”. Y añade: “No basta, por ejemplo, que se aluda a una condición que se piense imponer si realmente ello no se impone. No es suficiente que se prohíba la enajenación, si no se indica en interés de quién, para que se entienda establecido un fideicomiso tácito. Lo contrario, no obstante, acontece, a tenor de la ley 74, título 7.º, libro 26 del Digesto, según tenemos dicho al hablar de los fideicomisos tácitos, cuando se consigna no la prohibición de enajenar, sino la de testar, en cuyo caso se entiende ordenado un fideicomiso tácito a favor de los que serán herederos ab-intestato.”

También cita en favor de la presunción de libertad un texto canónico, cap. 1.º, tít. XI, Lib. III del Sexto de las Decretales, a que nos referiremos.

a diferencia que en el Derecho anterior—*acudir a conjeturas extrínsecas al testamento, sino que únicamente hay que deducir del tenor de éste si establece un fideicomiso imponiendo expresamente «la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero», aunque no lo haga con estas mismas palabras ni lo exprese de modo directo, sino indirectamente.*

Esta segunda proposición se descompone en dos: una, relativa a la prohibición de conjeturas extrínsecas al testamento, y otra referente a la admisión de cualquier esfuerzo interpretativo para deducir del tenor del testamento la verdadera voluntad de disponer un fideicomiso. Vamos a analizarlas sucesivamente.

a) *Exclusión de conjeturas extrínsecas.*

El derecho común estableció una serie de conjeturas para deducir si se había establecido tácitamente un fideicomiso, en especial a favor de los hijos puestos en condición (37). De estas conjeturas unas se basaban en datos testamentarios, es decir, eran desarrollo e interpretación de determinadas cláusulas o modos de expresión. Otras, en cambio, se basaban en razones extratestamentarias, consideradas de equidad, de piedad, o bien basadas en razones familiares y sociales, o en lo que se consideraba normal en un ascendiente testador.

Estas últimas razones parecen excluidas en el régimen del Código civil.

El § 1.º del artículo 675 las impide, a juicio nuestro. Comentando ese precepto, en otra ocasión (38), dijimos:

«El testamento es rigurosamente formal (art. 687 del Código civil); por ello—y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia—, es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente sentencia de 11 de abril de 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación las sentencias de 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913, 16 de enero de 1915. Sin embargo, las sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947, han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, pero siempre que, dado el carácter formal

(37) Pueden consultarse, v. gr., MENOCCHIO: *De Praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis Comentariorum*; FUSARIO: *Tractatus de Substitutionibus*; PEREGRINO: *De Fideicommissis*; MANTICA: *De coniecturis ultimarum voluntatum*; CASTILLO SOTOMAYOR: *De coniecturis, et interpretatione ultimarum voluntatum*.

(38) *Dictamen acerca de si se da o no derecho de acrecer en la institución de herederos ordenada en el testamento ológrafo de P. D. G.*, en AN. DER. CIV., XII-IV (octubre-diciembre 1959), pág. 1309.

de éste, el sentido averiguado y desenvuelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (S. 8 de julio de 1940), es decir, que se parta del «tenor del mismo testamento» (Ss. 1 de junio de 1946 y 3 de junio de 1947), de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil (como añade la última sentencia citada). Doctrina que han aplicado las sentencias de 6 de diciembre de 1952 y 5 de julio de 1957.»

Los artículos 783, § 1.º y 785, núm. 1 confirman ese criterio, aplicándolo al supuesto singular de la sustitución fideicomisaria, disipando las dudas que la admisión en el régimen anterior de conjeturas extrínsecas pudiera suscitar. E incluso, tal vez, agravan ese criterio restrictivo del artículo 675, en el sentido de que restringen aún más la posibilidad de acudir complementariamente a circunstancias exteriores al testamento.

β). *Admisión de todos los posibles esfuerzos interpretativos apoyados en el tenor del testamento para concretar la voluntad del testador.*

Al llegar a este punto—crucial de nuestro comentario—, conviene que comencemos por precisar el sentido gramatical de los términos *tácito*, *presunto*, *formal* y *expreso*.

Tácitamente y *presuntamente*, como adverbios de modo, se interfieren en parte y difieren también en parte. *Presumir*—según el Diccionario—es sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello. *Tácitamente*—según el propio Diccionario—significa—además de secretamente—con silencio, sin expresión o declaración formal. Es decir: lo *presunto* puede basarse en indicios ajenos a toda expresión; lo *tácito* requiere una expresión, que puede ser sin palabras por hechos concluyentes, o con palabras sin expresión formal, pero sí cierta. Buscar la voluntad *presunta*, es indagar la voluntad no manifestada; deducir la voluntad *tácita* es buscar una voluntad expresada por hechos, aunque sin palabras, o bien con palabras no formales.

Expresamente y *formalmente* también son adverbios que se interfieren en parte y excluyen también en parte. *Expresamente*—según el Diccionario—significa con palabras o demostraciones claras. *Formalmente*—conforme el mismo texto—equivale a con formalidad o expresamente. En el primer caso se requiere no sólo que se haga expresamente, sino, además, con formalidad.

Por lo tanto: *Lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. Lo tácito y lo formal (en su sentido de con formalidad) también se contraponen.* En cambio, *lo expreso y la tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero, no se contraponen cuando éste significa*

lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto, con cualquier expresión.

No es la primera vez que nos ocupamos de distinguir lo tácito y lo presunto. Hace años lo hicimos al tratar de las llamadas *mejoras tácitas* (39). Afirmamos entonces que el Código civil había rechazado las *mejoras presuntas*, pero que ha dejado en pie las *mejoras tácitas*, «en las que la voluntad del causante, interpretada sin perjuicios pseudotécnicos y sólo a luz del sentido común y del sentido jurídico tradicional, aparecen claramente determinada a mejorar a algún descendiente, aunque en su expresión no se emplee término alguno relacionado gramaticalmente con la voz *mejora*».

Nuestro querido maestro Roca Sastre nos proporcionó, poco después (40), la alegría de ver cómo prestaba su autoridad a nuestra tesis. Transcribimos: «Todo esto justifica que el Código civil exija que la voluntad de mejorar sea declarada de una manera expresa por el causante (arts. 825 y 828). Pero este concepto, expresa o expresamente, que emplea el Código requiere alguna explicación. La jurisprudencia (Ss. 21 de enero de 1922, 27 de diciembre de 1935 y otras) y la generalidad de la doctrina, entiende dichos preceptos en el sentido de que el Código civil ha abolido las *mejoras tácitas*, admitidas en las leyes de Toro y por los autores castellanos...» «Mas este aserto de que el Código civil ha suprimido la mejora tácita no es cierto, pues ello supone una confusión de lo tácito con lo presunto...»; «lo que ha querido el Código en dichos artículos 825 y 828, es acabar con el sistema de conjeturas en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora tácita, que como la expresa revelan, sin duda alguna, la voluntad de mejorar...» «Esta actitud legislativa se da varias veces como reacción contra el abuso de la conjetura en ciertas materias y a fines de seguridad jurídica dirigida a evitar las dudas y pleitos que pueda originar cierta licencia para auscultar la voluntad inexpressada por el causante (cf. S. 22 de diciembre de 1933). Pero de la mejora conjeturable a la mejora dispuesta por el causante, mediante manifestación tácita de su voluntad de mejorar, hay fuerte distancia. De no entenderlo así, resultaría una regresión al ancestral criterio formalista o sacramental del Derecho (41), en cuanto exigiría la materialidad del uso de la palabra *mejora* para que ésta existiera, lo cual es,

(39) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 24 enero 1950, publicada en los *Anales* de dicha Academia, t. VIII (Madrid, 1954), págs. 15 y ss. y 139 y s. especialmente.

(40) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, cit., vol. 2.º, Apéndice I, págs. 358 y s.

(41) Notemos el paralelismo entre este juicio de Roca Sastre referido a la mejora y los antes expresados de Scaevola y Castán respecto la interpretación del art. 783 C. c.

a todas luces. inadmisibile. Lo que exige el Código civil, es que la voluntad de mejorar, aunque no se use la palabra *mejora*; aparezca claramente. Lo esencial es que no quepa duda acerca de que el causante quiso o tuvo voluntad de mejorar».

Creemos que ese criterio es aplicable a los fideicomisos, en la interpretación de los artículos 783 y 785. núm. 1. La única diferencia estriba—a nuestro parecer—en que éste último ofrece, a quien quiera disponer una sustitución fideicomisaria, la opción entre decir el nombre o expresar el concepto, es decir, con esta segunda fórmula. «Imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». Pero no puede entenderse que esa fórmula sea impuesta con criterio literal, ni siquiera que exija la expresión por activa ni directamente, ni impida que puedan ser objeto al efecto de interpretación las expresiones y los términos empleados por el testador en su testamento, no sólo los de carácter *dispositivo*, sino también los *enunciativos* (42) y tanto los referentes a la sustancia de la disposición como a su realización, ejecución o restitución (43).

Así, v. gr., en el caso de la S. 4 marzo 1952, la expresión *enunciativa* contenida en la cláusula 5.^a «no está en su ánimo y deseo [del testador], que ella [la mejora] llegue a ser propiedad de terceros ajenos a la familia», aclara la voluntad del testador. E, igualmente, en el caso contemplado en la cláusula objeto de la consulta que contestamos en la Revista Internacional del Notariado, la expresión de su inciso final, de que «En el caso de que ninguno de los cinco hermanos tenga sucesión legítima, el último de ellos que tenga el usufructo podrá disponer libremente de los bienes, aunque no tenga sucesión», expresa claramente que si el último en fallecer de los cinco hermanos muere sin descendencia, en caso de que exista sucesión legítima de alguno de los hermanos premuertos, aquél se entiende gravado con fideicomiso a favor de éstos (44).

Colocados de un lado el artículo 675 y de otro los 783 § 1.º y 785, número 1, parece que es más racional armonizarlos que contraponerlos. Estos dos últimos —como hemos visto— tienen suficiente sentido sin necesidad de considerarlos como excepciones a la norma fundamental de aquél. Siendo así, parece más acertada la interpretación armónica.

(42) Acerca el valor de las palabras enunciativas, ver CASTILLO SOTOMAYOR: *Op. cit.*, Libro VI de sus *Quotidianarum Controversiarum Juris*, cap. XLVI, núm. 17, y nuestro referido dictamen en AN. DER. CIV., XII-IV, pág. 1310.

(43) Sobre esta distinción, véase: GREGORIO LÓPEZ: gl. 2.^a a la ley 31, t. IX, P. 6.^a; ANTONIO GÓMEZ: *Ad legem Tauri comentarius*, ley 17, n. 26; LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia*, Disp. 189; CASTILLO SOTOMAYOR: *Op. cit.*, Lib. IV, cap. LVI, n. 71; así como la pág. sig. de nuestro dict. últ. cit.

(44) Ver nuestro razonamiento en la pág. 172 de la cit. *Rev. Internacional del Notariado*. núm. 45.

c) *En caso de duda no cabe inclinarse por entender dispuesta la sustitución fideicomisaria.*

El viejo principio *in dubium contra fideicommissum* aparece reforzado, como hemos visto, al no admitirse como dispositivos los simples ruegos, súplicas o recomendaciones y al excluir la posibilidad de acudir a conjeturas extrínsecas al tenor del testamento.

Pero, con respecto a esta regla conviene aclarar algo, que suele confundirse muchas veces cuando se señalan reglas objetivas de interpretación *in dubium*, v. gr., cuando se dice que en la duda la ley de Arrendamientos Urbanos ha de interpretarse a favor del arrendatario, o cuando los liquidadores de impuestos pretenden que deben resolver las dudas interpretativas a favor del Fisco.

El caso de duda no se refiere al mero supuesto de ser opinable la interpretación, sino *de ser imposible resolver las dudas con una interpretación racional profunda*. Precisamente, ese mismo sentido se patentiza claramente en materia de interpretación de los contratos en el artículo 1.289 C. c. (45).

Ante la imposibilidad de decidir, conforme la norma del artículo 675 C. c., si hay o no sustitución fideicomisaria dispuesta, debe resolverse en sentido negativo, sin acudir a criterios de pretendida equidad o piedad, ni a otros extrínsecos al testamento.

Esta regla tuvo y continúa teniendo entre sus corolarios los que seguidamente vamos a ver:

d) *En la duda de si una sustitución es vulgar o fideicomisaria, pupilar o ejemplar, o bien si es fideicomisaria, de residuo o fideicomisaria, ha de resolverse siempre en contra de la existencia de la sustitución fideicomisaria y en favor de la otra.*

Volvemos a insistir en el significado de la expresión *en la duda*, que no significa en materia interpretativa vacilación ni defendibilidad de otra interpretación menos aceptable, sino *imposibilidad de resolver con una interpretación racional*.

Ese corolario se dedujo también en el Derecho común.

Aplicándolo la Res. 25 junio 1895 se inclinó por entender en su supuesto establecida una sustitución vulgar y no fideicomisaria y la Res. 25 abril 1931 decidió que la sustitución discutida en su recurso sólo era de residuo.

(45) Art. 1.289 C. c.: "Cuando *absolutamente fuere imposible resolver las dudas* por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses."

"Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fué la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo."

VI. INAPLICACIÓN DE LA REGLA «IN DUBIUM CONTRA FIDEICOMMISSUM» CUANDO NO SE TRATE DE DETERMINAR SI HAY O NO FIDEICOMISO, SINO, CUANDO NECESARIAMENTE LO HAY, SI SOLO SE DUDA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN ENTRE ELLOS DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

Acabamos de apreciar el carácter restrictivo de la interpretación favorable a la sustitución fideicomisaria, reflejada fundamentalmente en la eliminación de los elementos extrínsecos de interpretación aunque se utilicen para complementar el tenor testamentario y en la regla «*in dubium contra fideicommissum*». Pero creemos que ese criterio no es aplicable cuando no se trata de dilucidar si hay o no sustitución fideicomisaria, sino que, decidida que la hay, se plantea la determinación de quiénes han de ser los beneficiados y la distribución entre ellos de los bienes fideicomitidos.

En esos casos no parece que haya razón alguna para decidir en la duda, que sea irresoluble por el tenor de las cláusulas testamentarias, que con los hermanos no se entiendan llamados sus sobrinos (hijos de otro hermano premuerto), cuando es claro que el fideicomiso existe a favor de éstos aun en el caso de no sobrevivir ningún hermano.

Aquí sí que no vemos inconveniente en resolver la duda complementando la interpretación del tenor del testamento con elementos extrínsecos, como v. gr., razones de equidad, que complementen aquel tenor.

Por eso, en nuestra respuesta, argüimos que «reconocido el llamamiento de los hijos en condición en un supuesto en el cual da lugar al efecto más grave, es decir, a la no liberación del hermano supérstite —que significa el mantenimiento del fideicomiso—, parece lógico aceptarlo en los supuestos en que el efecto es menor, puesto que, produciéndose necesariamente la sustitución fideicomisaria a favor de los hermanos supérstites, el llamamiento conjunto con ellos de los descendientes legítimos de los premuertos sólo significa la coparticipación en el fideicomiso con tales hermanos supérstites de esos sobrinos hijos de hermanos premuertos. Se trata, pues, de un argumento de *maior ad minus*».

La *ratio* de los artículos 783 § 1.º y 785 número 1, es, sin duda, restrictiva de las sustituciones fideicomisarias, pero no parece que lo sea igualmente con respecto al hecho de que la sustitución favorezca a un número mayor o menor de personas, cuando en cualquier caso la existencia de la sustitución sea indudable y su posibilidad no se amplíe a supuestos en los que sin esa interpretación el instituido no estaría gravado de restitución.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

I.- Inauguración de curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Pronunció el discurso inaugural sobre «Marxismo y Derecho», el Sr. Don Raimundo Fernández Cuesta

El Instituto Nacional de Estudios Jurídicos ha inaugurado el presente curso con sus ya tradicionales cursillos de conferencias, donde se tratan los problemas de más palpitante actualidad jurídica. El día 24 de enero del presente curso tuvo lugar el solemne acto.

Presidían el acto el Excmo. señor Ministro de Justicia, el Presidente del Tribunal Supremo, el Director del Instituto y otras altas autoridades, académicas y de la vida jurídica española.

Después de abrirse la sesión con la lectura del acta del curso anterior, por el Secretario del mismo, Ilmo. señor don Alfonso García Gallo, se cedió la palabra al conferenciante el Excmo. señor don Raimundo Fernández-Cuesta, quien disertó sobre el tema "El marxismo y el Derecho".

Después de unas palabras de gratitud al Director de este Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, por su amable invitación y por el honor de ocupar esta Tribuna, el ilustre conferenciante afirmó que venía a hablar de un tema como es el del sentido marxista del Derecho sobre el que no debíamos ignorar sus argumentos para poderlos combatir mejor. Cuando esta doctrina o sistema —afirmó— han alcanzado una gran influencia y extensión mundial, hasta el punto de ser la causa de la casi totalidad de los conflictos internacionales que preocupan al mundo, cuando se le atribuye una base filosófica y una altura científica, es inútil limitarnos a decir que esa doctrina o sistema son malos o nocivos sin demostrar realmente lo que son y por qué.

La crítica que ha sido hecha desde los diferentes aspectos y puntos de vista (económicos, reformistas, sociológicos) no va a ser objeto de la conferencia; pretende señalar sus raíces filosóficas con objeto de dar su concepción del Derecho.

El conferenciante resume los antecedentes de la revolución comunista rusa y sus presupuestos teóricos a través de las figuras más importantes de su política, para concluir que el concepto del Derecho en el marxismo es radicalmente opuesto al concepto del Derecho de la cultura occidental o clásica del Derecho se basa en principios ideales y superiores con fundamentos abstractos (idea, voluntad privada, voluntad general, solidaridad social, función social, sistemas de normas espíritu del pueblo), para la concepción marxista del Derecho nace de la material forma de vida el pueblo, y es la expresión de la clase dominante.

A continuación, pasa revista a las concepciones y escuelas occidentales que han elaborado una idea del Derecho: Escuela del Derecho Natural, la teoría kantiana, la Escuela Histórica, la Escuela Hegeliana, la Escuela realista y la teoría normativa de la ley. Hace ver, como frente a todas estas teorías o tendencias, el marxismo sostiene un concepto del Derecho radicalmente contrario, por su ori-

gen, por su contenido y por su finalidad, que es definido por los juristas marxistas como "el agregado de normas de conducta, establecido y aprobado por la autoridad del Estado Socialista, como expresión de la voluntad de la clase trabajadora". La aplicación de estas normas de conducta, está garantizada por la fuerza del Estado con el fin de defender y asegurar el desenvolvimiento de las relaciones sociales en forma benéfica para el proletariado, destruyendo el sistema capitalista como concepción de vida y construyendo la sociedad comunista.

De esta definición se desprenden las siguientes características del Derecho marxista, señaladas por sus tratadistas:

1.º No representa un grado superior de desarrollo en el concepto del Derecho, sino uno nuevo nacido de la revolución rusa.

2.º Esta fundado sobre el principio de la propiedad socializada.

3.º Establece la verdadera igualdad al hacer desaparecer la diferencia entre explotadores y explotados, igualdad que no será completa hasta que el pueblo reciba los medios de vida no de acuerdo con su trabajo, sino con sus propias necesidades.

4.º Cuando la revolución burguesa implantó el régimen capitalista de producción, las relaciones de este signo habrían ya alcanzado existencia y profundidad dentro del régimen feudal anterior y la misión del Derecho burgués fué la de proteger y fomentar el desarrollo del nuevo sistema económico. El marxismo ha tenido que construir totalmente el sistema y su Derecho con un carácter revolucionario y progresivo.

5.º El Derecho burgués acude a ficciones jurídicas y filosóficas para proclamar la igualdad de todos ante la Ley, mientras que el marxista al fundarse en la defensa de la clase trabajadora no tiene por qué acudir a tal ficción de proclamar una igualdad que no reconoce ni existe.

6.º El Derecho burgués es complejo y no accesible a las masas mientras que el marxista es simple y accesible.

7.º El Derecho burgués distingue entre Derecho objetivo (norma legal de conducta) y Derecho subjetivo (Derechos emanados de éste). Creen los marxistas que tal distinción es consecuencia de adscribir a una Ley una existencia independiente de la realidad y considerarla como expresión de principios eternos, por contemplar los derechos individuales como inherentes a la persona, innatos en ella, independientes del Estado. En cambio, para el marxismo la Ley tiene un solo sentido "es expresión de las relaciones sociales de clase".

Los teóricos marxistas entienden que la esencia del concepto burgués de la vida, consiste en ver los fenómenos y las relaciones sociales como fundamentos y relaciones jurídicas y, por tanto, a la vez, como expresión de las características de ese concepto. Consecuencia de esa concepción es que la ciencia jurídica burguesa, tan rica en el sentido de los problemas del Derecho, no ha resuelto el fundamental de explicar en qué consiste, cuál es su esencia, cuál es su diferencia, con otros fenómenos sociales. Y esto es así porque parte de conceptos idealistas, independizando el Derecho de su verdadero fundamento, cuales son las condiciones sociales, las relaciones de producción y los conflictos de clase.

Para estos teóricos marxistas —señalaba el conferenciante— la Ley, sin un aparato de fuerza capaz de imponer la observancia de sus normas, no es nada, con lo cual el marxismo entiende resolver el problema que se plantea a la doctrina burguesa, de saber si el Estado está fundado en el Derecho, o el Derecho es

creado por el Estado, toda vez que para el marxismo Estado y Derecho no son dos fenómenos distintos que preceden uno al otro, sino dos lados de un mismo fenómeno: dominio de clase, manifestado en el hecho de crear el aparato de su coacción (Estado) y en el hecho de que expresa su voluntad en forma de reglas de conducta, expresadas en la Ley y que mediante aquel aparato estatal son impuestas al pueblo.

Para el marxismo, la Ley es sinónimo de derecho, obliga no porque haya en ella una misteriosa fuerza oculta, sino porque detrás se encuentra todo el aparato del Estado, Jueces, policías etc. El Derecho, pues, para el marxismo es un agregado de normas de conducta, pero no todas tienen la categoría de jurídicas. ¿Cuáles son, pues, éstas? Sólo las establecidas o afirmadas por el Estado, que garantiza su ejercicio mediante la coacción.

Para el marxismo normas morales de carácter universal comunes a todos los pueblos y a todos los tiempos, no existen, sino que están sujetas a cambio en razón del desenvolvimiento de las relaciones de producción y de la estructura social.

De todo lo expuesto, el ilustre conferenciante, deduce que, en el marxismo, el Derecho es una lógica consecuencia de las bases filosóficas de su doctrina: materialismo dialéctico e histórico. Materia en constante evolución; relaciones de producción, como determinantes de todos los fenómenos sociales y entre ellos el Derecho.

En esta pugna entre ambas concepciones del Derecho, la occidental y la marxista, algunos han querido ver una demostración de la crisis o, más aún la muerte del Derecho. El conferenciante entiende que podrá hablarse de esa crisis con referencia a la Ley, a la técnica, a la organización jurídica, pero respecto al Derecho en sí lo cree exagerado. Reafirmando la postura de la tradicional escuela del Derecho natural entiende que habrá de conciliar lo ético y racional del hombre con lo histórico y lo individual, con lo social. El Derecho tiene como eje a la persona y hacerla realmente libre es su finalidad; de aquí, concluye, la superioridad de nuestra concepción del Derecho sobre la marxista. Concluida su interesante disertación, el ilustre conferenciante fué muy aplaudido. Por último, el Director del Instituto dió como inaugurado el presente curso.

J. BONET CORREA

2.- «IN MEMORIAM» (1)

Don Nicolás Pérez Serrano ha muerto. Y al dejar constancia de su fallecimiento con esta nota necrológica, no hace falta dar noticia de sus méritos, de

(1) Quienes trabajamos en este ANUARIO, hemos querido que sean sus más íntimos colaboradores quienes expresen nuestro sentir por la muerte del Excmo. Sr. don Nicolás Pérez Serrano. A sus cordiales palabras, tan sentidas y expresivas, deseamos añadir algunas más, para decir que, también nosotros lamentamos la pérdida de don Nicolás del modo directo de quien pierde algo que estima, también suyo. Desde los primeros tiempos de este ANUARIO y después repetidamente, nos prestó don Nicolás su generosa ayuda, su aliento y su trabajo.

Y si, tantas veces, hemos podido sentirnos orgullosos al pensar que nos dió algunas de sus mejores páginas sobre Derecho civil, ahora, como amigos y como juristas, no podemos ocultar nuestro pesar por la gran pérdida que hemos sufrido nosotros y todo el Derecho español. (N. de la R.)

su personalidad extraordinaria, conocida por todos, pues entre todos prodigó generosamente su pasmoso, enciclopédico saber.

Porque fué su vocación docente, servida siempre con la máxima eficacia didáctica del propio ejemplo, en todos los órdenes del saber y del vivir, la que predominó en él, incluso sobre la forense, tan hondamente sentida también. No sabía de todo: lo sabía todo, exhaustivamente. Pero, además, sabía enseñarlo, con asombrosa capacidad de síntesis, nítida exposición y rápida palabra. fácil y precisa.

Y, sin embargo, muchas veces le hemos oído decir: ya no soy un intelectual, porque ser solamente eso, es no ser nada. Y él, que era la inteligencia misma, rebosándole por la penetrante expresión de aquellos ojos que concentraban toda su fisonomía, era más, mucho más, que un intelectual. Sobre su cultura vastísima, directa: sobre su inteligencia y su memoria excepcionales, tuvo desbordantes esas cualidades infrecuentes que son el contraste, le garantían, de la verdadera calidad humana: sencillez, modestia y una sensibilidad—corazón y finura de espíritu— a flor de piel. Fué bueno. Por encima de todo, sobre todo, fué bueno. Lo demás, se lo había dado Dios por añadidura.

Y siendo bueno, y enormemente sensible, tenía que amar a la Justicia como la amó, rabiosamente, enardecidamente. Por eso fué abogado. Por eso también, siendo un entusiasta de la técnica y un impar conocedor del Derecho, aquélla le parecía deleznable si a la postre podía quedar burlada la Justicia, sentida de modo físico, biológico, y perseguida intransigentemente. De ahí su total entrega a una profesión que ejerció con toda su pasión, con todo el esfuerzo de una portentosa e inagotable capacidad de trabajo.

De ahí, igualmente, su devoción hacia la función excelsa de hacer Justicia. Porque abogado de excepción, con una indisentible primacía que jamás le preocupó, desprovisto como estaba de vanidad y de apetencias, fué muy estimado por la Magistratura, tan fina perceptora de la auténtica calidad profesional. Y él correspondió a tal estima, con admiración máxima hacia la rigurosa exigencia vocacional que aquélla requiere, y con pleno acatamiento y respeto. Y el posible comentario irritado ante Sentencia en contra (quien no sea abogado, que tire la primera piedra), quedó siempre compensado ampliamente, y somos testigos de mayor excepción, por la certera exégesis laudatoria, por la cálida alabanza a la Sentencia bien hecha, estudiada—“bien trabajada”, decía él—, aunque fuese también adversa.

Hemos perdido todos un Maestro, en la más alta acepción formativa y de ejemplaridad que pueda alcanzar el concepto. Marañón, ese otro claro español al que don Nicolás admiró, y en páginas nobilísimas, como todas las suyas, muestra compasión hacia quienes nunca han sentido “el yugo blando y eficaz del maestro”, que da la máxima lección de saber andar con responsabilidad por la vida. Don Nicolás, que en Cátedra, Foro y Academias dió con asiduidad cotidiana tantas y tantas lecciones, nos deja a todos, al morir, y en ello estará la supervivencia que logra siempre todo verdadero Maestro, esa máxima lección que es su vida, una vida honesta, modelo de fervorosa dedicación al estudio y al trabajo.

ALVARO GARCÍA ORMAECHEA
y FELIPE RUJZ DE VELASCO

3. El sistema registral francés

(Conferencia de Don Manuel Peña en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos)

Dentro del curso organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios, pronunció el pasado día 22 de marzo, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, una conferencia sobre "El sistema registral francés", don Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Profesor de Derecho civil en la Universidad de Madrid.

Para mejorar nuestro actual sistema hipotecario y adaptar el Registro de la Propiedad a las necesidades y a las realidades modernas, comenzó diciendo el conferenciante, uno de los caminos que deben indudablemente seguirse es el de abrir ventanas al exterior, esto es, estudiar la manera cómo en otros países estos problemas han sido planteados y resueltos. Desde este punto de vista el estudio de la reforma del Derecho francés ofrece un interés especial, no sólo por tratarse de una reforma reciente, sino también por la forma como ha resuelto las diversas cuestiones que suscita un buen funcionamiento del Registro.

El conferenciante dió cuenta de la visita que, especialmente comisionado para ello, ha realizado al vecino país, que le ha permitido un conocimiento directo y cabal del funcionamiento de las oficinas registrales y de las notarías francesas, tanto en las zonas rurales, como en los núcleos urbanos y, en particular, en la capital de la nación.

Después de realizar un bosquejo de la evolución histórica del Derecho registral francés y de hacer una amplia referencia a la literatura sobre la materia, analizó el conferenciante la reforma legislativa de la organización del Registro, impuesta de modo apremiante por las necesidades surgidas en la última postguerra—reconstrucción de edificios, división de casas por pisos, concentración parcelaria, etc.—. Esta reforma se encuentra contenida en los Decretos de 4 de enero y 14 de octubre de 1955, el primero de los cuales posee valor de ley y modifica preceptos del Code civil, en tres ordenanzas de 7 de enero de 1959 y en varias disposiciones promulgadas en 1960.

La reforma ha sido hecha con una técnica legislativa seguramente defectuosa, en textos extensos y farragosos, que confunden muchas veces lo sustantivo y lo reglamentario. Los principios teóricos del sistema no son irreprochables, pero el mecanismo registral es ágil, las escrituras se despachan con rapidez, la propiedad se encuentra inscrita en su casi totalidad—se calcula en un cinco por ciento la que vive fuera del Registro— y las oficinas funcionan por lo general muy bien.

La reforma ha dado entrada en el Derecho francés a algunas reglas de Derecho germánico, sobre todo en materia de tracto sucesivo, atribuyéndolas origen provincial, a través del estatuto especial de Alsacia y Lorena, que conservaron un derecho especial después de su reincorporación a Francia. Mas en general se ha mantenido en la línea tradicional.

Penetrando en la exposición detallada del sistema francés, se refirió el conferenciante, en primer lugar, al aspecto orgánico del Registro subrayando el predominio del carácter fiscal del Registro francés, que depende del Ministerio de Hacienda y tiene, entre sus misiones, la de recaudar un impuesto o tasa por los servicios de publicidad inmobiliaria. Expresó con mucho detalle las demarcaciones registrales, el sistema de selección de funcionarios, la retribución de los mis-

mos, el reclutamiento del personal auxiliar y el montaje de las oficinas, inspirado en modernos criterios de racionalización del trabajo.

Expuso a continuación el contenido del Registro francés, que continúa siendo un registro de actos y no de derechos, y las reglas generales a que está sometida la inscripción. La inscripción es obligatoria; todos los actos inscribibles deben ser trasladados al Registro dentro de un plazo de tres meses; la obligación recae no sólo sobre los interesados, sino sobre los notarios, funcionarios judiciales, etcétera. su incumplimiento origina la imposición de una multa y la responsabilidad del funcionario frente al particular. La inscripción se realiza en virtud de títulos públicos de carácter auténtico, exigiéndose el tracto sucesivo, si bien sólo formalmente, por lo que es admisible una doble cadena de transmisiones. El registrador no califica la validez de los títulos, sino únicamente la regularidad formal y las condiciones técnicas de los mismos.

La constancia registral no se hace por medio de asientos; únicamente se toma en el Registro francés asiento de presentación. Son los propios documentos originales, coleccionados al modo de los protocolos notariales, los que forman los libros del Registro. Como instrumento complementario de una gran importancia en la mecánica del Registro francés, se encuentra el fichero, compuesto por tres tipos de fichas, personales, inmobiliarias y parcelarias, cuyas características fueron minuciosamente expuestas por el conferenciante.

Se refirió, por último, a la eficacia del Registro, en su aspecto sustantivo e informativo. La inscripción no es nunca constitutiva, ni produce efectos de legitimación o de fe pública. Estos defectos son suplidos por la regla de la responsabilidad, por el incumplimiento de la obligación de inscribir y por la aplicación jurisprudencial de la máxima "error communem facit ius". La inscripción es únicamente necesaria para la oponibilidad a terceros del derecho inscrito. Por tercero se entiende el adquirente del derecho real inmobiliario inscribible y, en algunos casos, los acreedores; la jurisprudencia propende a exigir que el tercero lo sea de buena fe. El tercero queda protegido frente a títulos que provengan del mismo causante y frente a títulos que no se inscriban o que lleguen después al Registro, aplicando así una rígida idea de prioridad.

El señor Peña terminó su disertación, muy aplaudida, examinando las relaciones entre el Registro y el Catastro y la inscripción de hipotecas y privilegios.

LUIS DÍEZ PICAZO

II. NOTAS CRÍTICAS

La segunda edición de «Reine Rechtslehre»

En 1934 publica HANS Kelsen su *Reine Rechtslehre*. Habían pasado ya veinte años desde que comenzara a exponer la teoría pura del Derecho, con la que, nos dice, la doctrina jurídica habría de quedar libre de ideologías políticas y ser construída con la objetividad y exactitud propias de las ciencias naturales. Este año también puede calificarse, posiblemente, como el del cenit de la escuela vienesa y de las teorías de Kelsen (1).

Ahora, cuando ha pasado ya más de un cuarto de siglo, publica Kelsen la segunda edición de su "Doctrina pura del Derecho" (2). El ambiente que le recibe es muy distinto; ha cambiado el panorama político y ha desaparecido el predominio de la concepción positivista del Derecho. Esta edición se adjetiva de reformada y ampliada. Es todavía más. El maestro, con envidiable energía y contenida pasión, afirma y refuerza sus antiguas posiciones; discute, censura y rechaza las principales observaciones críticas que, durante el tiempo pasado, se han ido acumulando frente a la teoría pura del Derecho.

Valdría la pena que cualquier filósofo del Derecho estudiase despacio y con cuidado los muchos párrafos modificados o nuevos de esta obra. No porque haya cambiado su doctrina, que en nada se altera, sino para que pueda apreciarse el alcance de la puesta al día de las añadidas razones en el último perfil en esta monolítica teoría, sin matices ni fisuras. Especial atención merecen sus respuestas frente al positivismo lógico, la teoría egológica, el existencialismo, el realismo americano y la doctrina de Ross, su antiguo discípulo. También son de interés las precisiones y desarrollos que añade sobre los conceptos de norma y disposición jurídica, norma fundamental, imputabilidad y libertad, persona y Derecho Internacional Privado (3).

Extraordinaria importancia y considerable extensión tiene el Apéndice con el que concluye la obra reseñada. Se titula: "El problema de la justicia".

(1) En esta primera edición y como apéndice, publicó MÉTALL: *Bibliographie der Reinen Rechtslehre*, págs. 155-162, en la que hace la enumeración de los trabajos hasta entonces publicados sobre la doctrina del maestro.

(2) Kelsen (Hans): *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerichtsgleichheit*. Zweite Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Verlag Franz Deuticke. Wien, 1960, 533 páginas.

(3) Sin que se pretenda señalar todas las novedades de interés, pueden destacarse, para orientación del lector, las contenidas en las páginas 5, 7, 8, 10, 11, 16-19, 21, 24, 30, 60 (positivismo lógico), 63, 66, 72 (egología, comunismo), 75, 77, 81, 83 (norma jurídica y disposición jurídica), 86 (primitivos), 91-93 (realismo americano), 99, 102 (imputabilidad y libertad), 107, 117, 124 y 251 (Ross), 135, 165 (derechos sin sujeto), 175 (persona), 201 y 206 (normas fundamentales), 222 (Derecho internacional privado), 224-226, 258 (existencialismo), 303, 319 y 327.

Se recogen unificados, en forma monográfica, una serie de recientes trabajos del autor (4). Dividiéndose en dos partes: 1.º "Las normas de la Justicia"; 2.º "La doctrina del Derecho natural" (5). En estos estudios se encuentra la censura más dura y circunstanciada que se ha hecho hasta ahora de las concepciones que basan el Derecho en la Justicia, en la Moral y en el Derecho natural. En ellos, la elegante frialdad que caracteriza el estilo de Kelsen, no puede ocultar su ardoroso sentir contra las ideas y los valores transcendentales (6).

Con lo dicho podrá darse por cumplida la finalidad de esta nota. Pretender comentar de nuevo la teoría de Kelsen, o añadir algo a la mole inmensa de la literatura kelseniana, sería como querer importar bulhos en Atenas (7). En cambio, quizá no sea del todo superfluo agregar algunas reflexiones sobre esta obra reseñada, aunque sean hechas en tono menor, como corresponde a quien no es especialista de Filosofía del Derecho y se dirige a profanos, cultivadores del Derecho civil.

Kelsen, nadie lo ignora, alcanzó hace ya muchos años celebridad insuperada y, con ella, la condición de clásico en la literatura jurídica. En efecto, ningún jurista, al lado de Savigny, se le aproxima hoy en nombradía. Mas con ello, ha corrido la suerte que parece perseguir a los clásicos. Es continuamente citada, pero apenas se lee, ni se estudia, su doctrina. Vulgarizada, mal reproducida, se le reduce a una serie de dichos tópicos. Incluso los hombres más cultos y alertas estiman normal ampararse en su autoridad o criticarle con dureza, sin haber visto siquiera por la cubierta uno de sus libros (8).

Este arrinconamiento de la obra kelseniana, al Olimpo de lo admirado y desconocido, no parece justo, ni tampoco conveniente para la ciencia jurídica. Más de un jurista de los que cabe llamar la vieja generación ha reconocido abiertamente su deuda hacia Kelsen, aunque estime rechazables sus creencias fundamentales. El conocimiento directo de sus libros puede todavía ser útil a los más jóvenes. Ha cerrado de modo definitivo el balance del positivismo jurídico. Su método implacable le lleva, en contra de su propósito, a este resultado. Ha dejado al descubierto las mistificaciones y la doble contabilidad con que los vie-

(4) En especial, *Was ist Gerechtigkeit*. Wien, 1953; *Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie*. Studia Philosophica, Jahr. der Schw. Phil. Ges. XIII, 199.

(5) La primera comprende de la pág. 357 a la pág. 401, y la segunda, las páginas 402-444. El libro contiene, además, un índice de materias y nombres (p. 447-498) y un catálogo de las publicaciones de KELSEN, redactado por MÉTALX (p. 501-534), en el que se recoge el número ciertamente asombroso de 483, aunque en él se incluyan las traducciones.

(6) Sobre el pensamiento de KELSEN, en estas cuestiones, se consultará con provecho lo dicho por GURZWILLER: *Was ist Gerechtigkeit. Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften von Professor Hans Kelsen*. Z. f. Schw. R., Neue Folge, 72, 6. p. 393-418.

(7) Con razón dice MÉTALX que hoy se ha hecho imposible prácticamente insertar una bibliografía de lo escrito sobre KELSEN, porque supondría llenar varios volúmenes, p. 501. El interés de los filósofos del Derecho por la teoría de KELSEN no parece decrecer; compárense los estudios publicados en *Festschrift für Alfred Verdross*, 1960, y en *Estudios Jurídicos-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, 1960.

(8) Comp. ORTEGA Y GASSET: *Una interpretación de la Historia Universal*, 1960, p. 215 ("el derecho no se funda últimamente en algo, a su vez, jurídico, como pretendía la extravagancia de Kelsen").

jos maestros, en instituciones y figuras jurídicas, habían conservado el mito positivista.

No debe olvidarse que Kelsen pone término a una época. Durante muchos años, las preocupaciones urgentes de la técnica jurídica habían ido haciendo olvidar la esencia del Derecho. La apetencia insaciable de poder del Estado moderno y la pereza burocrática, disponen un ambiente propicio a la degradación del Derecho en dictado del gobernante y del jurista a la condición de "letrado" (9). Los filósofos, por su parte, habían tomado como objeto inmediato de su estudio las ciencias experimentales, de modo que el método adecuado a ésta, se piensa tiene valor universal o de paradigma. El estudio filosófico del Derecho siguió también este camino. Nadie con tanto rigor como Kelsen. Para que sea científico el estudio del Derecho, busca darle seguridad matemática. Las normas jurídicas serán, entonces, consideradas fórmulas abstractas, en las que es del todo indiferente su contenido.

La "purificación" así operada excede de la que es propia a las ciencias experimentales (10). Con ella se ha cambiado el objeto del estudio. No corresponde éste ya a lo que se entiende léxicamente por Derecho, en la sociología, en la historia y en la vida misma de los hombres (11). Es otra cosa, una doctrina de "las reglas coaccionantes". Con lo que se desconoce y niega el hecho de que la norma jurídica, para ser tal, lleva consigo, necesariamente, una tensión especial derivada de su dependencia de la Justicia; la que, sea en forma recoleta o explosiva (12), le presta su verdadero significado. Despojada de ella, la norma jurídica queda degradada a regla de opresión. Este resultado tiene las características de la tragedia propia de más de un pensador. Kelsen, que pretende liberar al Derecho de la Política, lo reduce a descarada expresión del poder político; que aspira a construir una doctrina objetivamente científica, se separa de la realidad objetiva, hasta reducir su teoría a un mero juego dialéctico.

Enseña Kelsen que la interpretación de las normas jurídicas queda fuera del ámbito de lo jurídico. Se trata de elegir entonces entre los posibles significados de una disposición y ello es competencia de quien la haya de aplicar, que decidirá conforme a su personal criterio. Por ello ha podido creerse que la influencia de Kelsen, en los cultivadores del Derecho positivo, habría de ser mínima. Esto no es así. La boga kelseniana, de modo más o menos indirecto,

(9) Reflejado de modo inmejorable en lo que KANT dice de la de Derecho en su *Disputa de las Facultades*.

(10) Con el método kelseniano, parece que la fórmula $H=O$ se convertiría en H^2O ; es decir, que al considerarse indiferente el contenido de los elementos, se habría de abstraer el hidrógeno y el oxígeno, y se consideraría como únicamente científica la diferencia de valor de los signos.

(11) Más correcta parece la propuesta de JEROME FRANK (*Courts on Trial*, 1949, página 66 sig.) de eliminar del lenguaje jurídico-positivista la palabra Derecho. Significativa es la observación de SILVING, de que ello sería "una concesión política", porque abandonado el campo del Derecho por los positivistas, sería inmediatamente ocupado por los yusnaturalistas, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California L. R. 43 (1955), p. 491. Palabras que revelan la "impureza" política que anida en la concepción positivista.

(12) El poco afecto, hasta el desprecio, de KELSEN por la Historia, puede explicar que caracterice la concepción yusnaturalista de fundamentalmente conservadora (p. 435). Supone desconocer su eficacia crítica y reformadora en todo momento y, en especial, lo decisivo que fuera en el movimiento de ideas determinantes de la Revolución francesa

ha determinado la que ha podido llamarse tendencia abstracta o formalista. Algunos autores prestigiosos e influyentes propugnan un neo-legalismo que identifica norma y disposición legal y entiende que los conceptos jurídicos (p. ej., persona, cosa, estado civil, nacionalidad) son términos artificiales o unidades de referencia. Habrían de utilizarse, se nos dice, como signos equívocos a lo referido en la disposición; es decir, a los derechos y obligaciones enumeradas (contenido) en el precepto y que éste atribuye expresamente a la situación de hecho ("Tatbestand"), por él mismo también definida. Lo que, a veces, se completa con la desconexión entre las reglas legales; señalando que un mismo término tendrá distinto significado en cada una de las disposiciones que lo utilice. Con lo que se llega a un extremoso nominalismo, en el que se afirma la imposibilidad de conceptos jurídicos, con propio o peculiar contenido (13).

Sin posibilidad de plantear en esta nota los difíciles problemas del concepto y del método del Derecho, que implica esta última dirección, bastará a su limitado propósito señalar que ella ha disminuído en importancia desde la segunda guerra mundial. La doctrina más moderna parece que vuelve a reconocer, de una manera decidida, la existencia de conceptos jurídicos, acuciados sobre realidades sociales y usados con ese valor por las leyes. No se les considera entonces meras creaciones del legislador, ni aptos sólo para una definición abstracta. Los datos legales se entienden como síntomas o indicios (sea como normales o como supuestos extremos) que permiten reconocer o delimitar la realidad social aludida. Las consecuencias jurídicas se entiende que son las que se atribuyen a la situación de hecho así descrita, por ser ellas las más apropiadas a la situación social que se considera. De lo que también resulta que el significado de los conceptos no se estima fijado de modo exclusivo por la ley. Los conceptos jurídicos no nacen ni subsisten en el vacío, en un medio aséptico o abstracto; perviven con un arrastre tradicional y son permeables al clima social de cada época y país. Cuando son vehículo de una idea operante, se habla del valor institucional del concepto; que así sirve para averiguar el significado de las disposiciones que le contienen y para llenar sus lagunas y hasta, en ocasiones, para decidir una cuestión dejando de lado la letra de lo dispuesto. Es lo que ocurre cuando se acude, por ejemplo, a esas figuras auxiliares que se llaman orden público, naturaleza de las cosas, principios generales del Derecho, equidad, realidad fáctica, abuso del derecho y fraude de la ley.

Esta digresión, incluso por su desmesurada longitud, puede servir, ya que no a otra cosa, de prueba del poder de sugestión que encierra este libro de Kelsen. Sin querer, casi a regañadientes, ha hecho que se cambie el carácter de esta nota y que, en ella, se vuelvan a plantear cuestiones básicas sobre metodología jurídica. La lectura de la *Doctrina pura del Derecho*, la meditación sobre lo que nos dice sobre cada una de las principales figuras jurídicas, puede ser provechosa. No está demás que los civilistas, de cuando en cuando, nos detengamos a reflexionar sobre los fundamentos de la ciencia jurídica. Ello puede, también, contribuir a que se pueda llenar mejor nuestro cometido específico de intérpretes de las normas jurídicas.

F. DE C.

(13) De modo más o menos acusado se advierte este modo de pensar en autores, que por otra parte siguen muy diferentes orientaciones. Podrían señalarse, por ejemplo: Ascarelli, Maiorca, Makarov, Koessler, Yardley y Wengler.

III. DICTAMENES

Legado del grupo «sine liberis decesserit»

(Dictamen y escritura de adjudicación)

Por Pedro Sols García

Notario de Soria

H E C H O S

Don Andrés G. de V. y G. P. falleció bajo testamento en una de cuyas cláusulas se leía: «Lego en usufructo vitalicio por iguales partes a mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, la parte pro indiviso que me corresponde en el pleno dominio de las casas en esta ciudad, calle P. y P., veintiséis, y B. y M. nueve y B. y M., tres, cuya participación consiste en el treinta y seis por ciento del valor de dichas casas. Por fallecimiento de cualquiera de dichas mis hermanas su parte pasará a sus hijos y demás descendientes legítimos si los tuvieren y no teniéndolos acrecerá el usufructo a la hermana y usufructuaria que sobreviva, quien a su muerte transmitirá el pleno dominio a sus hijos y descendientes legítimos si los tuviere. En caso de que ambas, mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, fallezcan sin que de ninguna de ellas quede descendencia legítima, toda la participación que me corresponde en las referidas casas, pasará en pleno dominio a mis hermanos don Mamerto y don Justo, y en defecto de cualquiera de ellos a sus legítimos descendientes, por el orden de las estirpes, aunque excedan del tercer grado de consanguinidad». Y en otra cláusula, se leía: «Instituyo y nombro por mis únicos y universales herederos en pleno dominio y por iguales partes a mis hermanos don Mamerto, don Justo, doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P.»

En la partición de la herencia del expresado don Andrés, y compareciendo el contador-partidor testamentario y los cuatro hermanos mencionados, fué adjudicado el usufructo vitalicio de las casas legadas a doña Francisca y doña Damiana.

Posteriormente fueron falleciendo sucesivamente todos ellos, por este orden: Doña Francisca, don Mamerto, don Justo y doña Damiana, todos sin hijos. En los testamentos de don Mamerto y don Justo se instituyó como heredera universal a la Fundación «Hijos de Félix G. de V.».

Y se pregunta: «¿Quién es el dueño actual de ese treinta y seis por ciento intelectual de las dos casas aludidas?»

D I C T A M E N

I

Ante todo, voy a hacer unos comentarios sobre lo que se hizo en la partición y lo que se ha creído comúnmente sobre el particular.

En la partición de la herencia de don Andrés, se adjudicó el usufructo vitalicio del 36 por 100 intelectual de dichas fincas a doña Francisca y doña

Damiana. Y muerta doña Damiana en 1951, pareció normal entender que ese 36 % de finca era bien vacante que correspondía al Estado.

Esta opinión que acaba de ser citada se formó, probablemente, por las dos consideraciones siguientes:

a) *Silencio en la partición de herencia de don Andrés, respecto de adjudicación a favor de don Justo y don Mamerto.* En la partición aludida, fué incluida en las hijuelas de doña Francisca y doña Damiana el usufructo del 36 por 100 de fincas aludido, y nada se dijo sobre quién era el nudo propietario, ni se puso nada en las hijuelas de don Mamerto y don Justo. O sea, se daba la sensación de que las legatarias doña Francisca y doña Damiana *tenían algo*, pero que, por el contrario, don Mamerto y don Justo *no tenían nada* (ni como legatarios ni como herederos; me refiero, desde luego, en cuanto a ese 36 por 100). Ahora bien, cabe aquí el comentario de que si las dos hermanas tenían algo, y los dos hermanos *no tenían nada*, era lógico concluir que, muerta la segunda de ellas sin hijos—y habiendo premuerto ya don Justo y don Mamerto—, ese legado debía ir al Estado.

b) *Doctrina del Tribunal Supremo sobre los que mueren antes de que una condición se cumpla.* En el Código civil existe una antinomia, una contradicción, muy conocida entre los artículos 759 y 799. Dice el artículo 759: «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, *no transmite* derecho alguno a sus herederos», (lo que está acorde, por cierto, con el artículo 1.114 sobre obligaciones, que dice: «En las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición»); esta concordancia no es de gran interés porque son materias distintas, y, además, el 1.114 puede referirse únicamente a la completa subordinación del nacimiento o no nacimiento de una obligación condicional, respecto del acontecimiento que actúa de condición; más trascendencia tiene el hecho de que ese precepto de nuestro Código civil es idéntico a lo que sobre el particular establecía el derecho romano: en efecto, la solución romana fué que en un instituido *post mortem* de otro, si el instituido premoria al alter, nada transmitía y ello por la regla formulada en el Digesto de que «*dies incertus conditionem in testamento facit*»; y aun tampoco esta concordancia debe preocupar excesivamente, porque el Código civil pudo perfectamente haber formulado regla distinta). Y el otro artículo, el artículo 799 dice: «La condición suspensiva *no impide* al heredero o legatario *adquirir* sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento».

Como se ve, son dos reglas contradictorias. Explicando la contradicción, se suele explicar el origen romano del primero, y que, en cambio, el segundo parece ser únicamente una copia descuidada de otro del Código Napoleón y del Código italiano que se refieren a término cierto, o sea, que se sabe ha de venir, pero no se sabe cuándo: literalmente, dice el Tribunal Supremo en Sentencia 12 febrero 1915: «...porque según se desprende de los términos del referido artículo 799, y se ha declarado por este Tribunal Supremo, las instituciones de herederos a día cierto, o que indudablemente ha de venir como la muerte de una persona, crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento del testador». Y digo que la doctrina

imperante es la de no transmisión de derechos, porque la Sentencia de 17 de marzo de 1934 cambió el criterio—ese criterio que parecían haber marcado varias sentencias del Supremo—, y volvió a la doctrina romana al calificar a unos de estos casos de *institución de pleno dominio, cuya eficacia pendía de una condición suspensiva fijada en el hecho de existir los designados para su adquisición, al ocurrir el fallecimiento del primer llamado*, y dijo literalmente: «que siendo esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho..., es creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición... *sin el cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del Código civil*», y que «es por esto por lo que dicho cuerpo legal dice en el artículo 759 lo que dice...» y que «no es el presente caso un caso de fijación de un término y que la suspensión afecta a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino a la suspensión de la disposición misma, y por ello procede la aplicación del 759 y no la del 759 del Código civil».

Por lo tanto: la última palabra del Tribunal Supremo, respecto de los que mueren antes de cumplirse una condición—en nuestro caso «tener hijos alguna de las legatarias»—, esos, repito, que mueren antes—en nuestro caso «don Justo y don Mamerto»—, no transmiten derecho alguno a sus herederos.

Resumiendo: De estos dos órdenes de consideraciones, tenemos: por una parte, en la partición de herencia de don Andrés, se adjudicaba *algo* a doña Francisca y doña Damiana, y *nada* absolutamente a don Justo y don Mamerto; y de otra parte, la última palabra del Tribunal Supremo era lo que acabo de expresar, o sea la no transmisión de derechos en los que morían antes de cumplirse la condición consistente en la muerte de una persona, etcétera, etcétera. Es de toda lógica que, a primera vista, un examen de esta cuestión diera lugar a la impresión siguiente: Don Justo y don Mamerto no transmitieron ningún derecho. Y consecuencia de ello: el 36 por 100 intelectual de esas casas, una vez muerta doña Damiana, debía haber pasado al Estado.

II

En todo lo que acabo de decir, existe un desenfoque inicial del problema que es causa de que a pesar de argumentarse con toda lógica, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, y de llegarse a una conclusión razonable, esta conclusión no sea acertada. Es que, como digo, existe un desenfoque. Quiero decir que se parte de un origen falso.

Nuestro caso es un legado de usufructo vitalicio a favor de dos personas, a saber, doña Francisca y doña Damiana, y los que están detrás de esos usufructuarios, o sea los nudos propietarios, son, o los hijos de ellas si llegan a vivir, o don Justo y don Mamerto si no llegan a nacer los hijos aludidos. Esto último es, pues, una condición: la de «que lleguen a vivir hijos de las legatarias», la cual condición actúa, si se da, en favor de esos hijos, y si no se da, en favor de don Justo y don Mamerto.

Esto último que acabo de explicar se ve muy claro. Y tan igualmente claro es lo primero, porque en el testamento se habla de usufructo vitalicio.

y todo usufructo vitalicio exige unos nudos propietarios; y esos nudos propietarios son los que acabo de explicar, aunque el testador no emplee el calificativo de «nudo propietario».

Y si, pues, nos encontramos ante un legado de usufructo vitalicio por un lado, y de legado de nuda propiedad por otro, la doctrina que habrá que aplicar no es todo lo que hemos expuesto en el primer punto de este dictamen, sino la que deba ser aplicada, si realmente existe esa doctrina, a los legados de usufructo por un lado y de nuda propiedad por otro.

¿Existe esa doctrina? Sí, ciertamente. Y por curiosa coincidencia, en un caso *exactamente igual* al nuestro. En la tratadista Manresa, puede ser estudiada la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de abril de 1905, en un caso en que el testador nombraba heredera usufructuaria a su sobrina, mandando que a su fallecimiento pasaran los bienes en pleno dominio a los hijos de ella, si llegaba a tenerlos, y en caso contrario a otra persona—como fácil es de ver, la similitud es completa—. Y esa sentencia sentó la doctrina de que «ello ni entrañaba sustitución vulgar alguna por no haber dentro de la fórmula propia de tales sustituciones, ni en lo preceptuado en el artículo 774, ni envolvía, por otra parte, condición suspensiva respecto a las personas en último término designadas, sino verdadera condición resolutoria que hacía conferir, desde luego, a esa persona la nuda propiedad desde el fallecimiento del testador, sin perjuicio de la extinción de su derecho en el caso de morir la usufructuaria con descendientes.» Y que ello es doctrina mantenida constantemente por el alto Tribunal mencionado, lo corrobora la sentencia de 7 de julio de 1950, que declaró que «con arreglo a las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1896 y 12 de febrero de 1915, las instituciones de herederos a día cierto o que indudablemente ha de venir, como el de la muerte de una persona—en el caso del litigio, el de la usufructuaria designada en el testamento—crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento del testador».

Por lo tanto, y según tan clara y rotundamente dicen estas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias reiteradas, y alguna muy reciente, de hace sólo ocho años), y haciendo aplicación concreta a nuestro caso, podemos decir: La institución de heredero (o designación de legatario, que es hipótesis similar, pues una y otra son delación testamentaria) en nuestro caso la hecha a favor de don Justo y don Mamerto, hecha esta designación a día cierto o que indudablemente ha de venir, como la muerte de una persona, en el caso de litigio el de la usufructuaria designada en el testamento—en nuestro caso el no nacimiento de hijos a las legatarias—, *crea derechos transmisibles a los herederos del instituido desde el fallecimiento del testador*—en nuestro caso, crea derecho en don Justo y don Mamerto, transmisibles a los herederos de ellos desde el fallecimiento del testador, don Andrés.

Esto es evidente, y evidente con toda evidencia, si fuera posible emplear esta expresión.

Y no cabe duda alguna ocasionada por el hecho de estar nombrados también los hijos que tal vez nazcan de doña Francisca y doña Damiana. Fijémonos bien en que unos y otros están llamados con referencia a un mismo hecho que actúa para unos y otros de modo *distinto*. Este hecho es «que doña Francisca y doña Damiana lleguen a tener hijos». (El texto literal del tes-

tamento dice: «Por fallecimiento de cualquiera de dichas mis hermanas su parte pasará a sus hijos y demás descendientes legítimos *si los tuviere*, y *no teniéndolos* acrecerá el usufructo a la hermana y usufructuaria que sobreviva, quien a su muerte transmitirá el pleno dominio a sus hijos y descendientes legítimos, *si los tuviere*. En caso de que ambas, mis hermanas, doña Francisca y doña Damiana, fallezcan *sin que de ninguna de ellas quede descendencia legítima*, toda la participación que me corresponde en las referidas casas, pasará en pleno dominio a mis hermanos...»). Este hecho actúa para unos como condición suspensiva y para los otros como condición resolutoria. Ahora bien, recordemos los efectos jurídicos de una y otra. En la condición suspensiva, *no se tiene derecho*, pero si se llega a cumplir la condición, *si se da* el derecho; y si no se cumple, definitivamente, no llega uno a tener derecho nunca. En la condición resolutoria, *si se tiene derecho*, pero si se cumple la condición, *se extingue* el derecho; y si no se cumple, definitivamente queda uno con su derecho. (No quiero detenerme en explicar la doctrina sobre que la condición es sólo de una clase, ni tratar de detallar el problema que se hubiera planteado si habiendo nacido algún hijo, hubiera muerto antes que su madre: son dos cuestiones interesantes, pero la una es de sólo erudición jurídica, y la otra, como no se ha dado ese problema, cuyo origen hubiera sido la falta de concordancia entre las palabras del testador al citar la condición, ya que unas veces se emplea un giro y otras otro distinto, cómo no se ha dado ese problema, no creo oportuno entretenerme en ello, porque resultaría también sólo una prueba de erudición.)

Habiendo recordado, como acabo de hacer, los efectos jurídicos de las condiciones, aplicando eso a nuestro caso, y como lo ocurrido es «que no se ha cumplido la condición», los efectos producidos son: a los posibles hijos de doña Francisca y doña Damiana, al no cumplirse la condición suspensiva a que estaba sujeto su designación, les ocurre que definitivamente, no han llegado a tener nunca ningún derecho (por cierto, ni siquiera han llegado a tener nunca personalidad jurídica, ya que el artículo 29 del Código civil establece que, «el nacimiento determina la personalidad»); y a los legatarios don Justo y don Mamerto, que por cierto, sí tenían personalidad, y, además, también tenían derecho, les ocurre u ocurrió que definitivamente quedaron con su derecho.

La conclusión final de esto es, por lo tanto, lo siguiente: Don Justo y don Mamerto fueron unos legatarios de nudo propiedad con condición resolutoria de que doña Francisca y doña Damiana tuvieran hijos. Por lo tanto, sí tenían derecho (desde el momento de fallecer el testador, don Andrés), pero si se cumplía la condición se les tenía que extinguir el derecho. Y como ocurrió lo contrario, o sea que no se cumplió la condición resolutoria, el efecto fue que continuaron definitivamente con su derecho. Y como tenían derecho (desde el fallecimiento del testador, don Andrés, como acabo de decir), y según la doctrina del Tribunal Supremo la podían transmitir a sus herederos, y esto ocurre en el momento de morir uno y otro (art. 657 del Código civil: «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»), ocurrió que al momento de fallecer don Justo y don Mamerto, transmitieron sus derechos a sus herederos; y estos herederos, que

desde el momento de la muerte de don Justo y don Mamerto tenían el derecho de titulares de la nuda propiedad del 36 por 100 de bienes tantas veces expresado, en el momento mismo en que falleció la última usufructuaria de ello, debieron entrar en el goce quieto y pacífico de dicho 36 por 100 intelectual de bienes.

Queda sólo formularnos una pregunta: ¿Quién es ese heredero de don Justo y don Mamerto? La respuesta es sencilla: El heredero de don Justo y don Mamerto, según sus testamentos de 4 de febrero de 1932, es la «Fundación Hijos de Félix G. de V.».

Este es el parecer del letrado que suscribe, que somete a otra mejor fundamentada. En S. a veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

ESCRITURA DE ADJUDICACION

En.....

Ante mí, P. S. G. Notario del Ilustre Colegio de ..., con residencia en la ciudad al principio expresada, y para otorgar escritura de adjudicación de legado ampliando la participación de las herencias de don Andrés G. de V. y G. P., y después otras transmisiones hereditarias.

C O M P A R E C E

El excelentísimo señor don XXX, Gobernador Civil de...

El señor citado, de mí conocido, interviene en representación, como Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia de..., de la «Fundación Hijos de Félix G. de V.», fundación benéfico-docente instituída en M. de C., por don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P. en sus respectivos testamentos ante el Notario S. don J. B. M., fecha 4 de febrero de 1932, cuyo Patronato desempeña en la actualidad la Junta Provincial de Beneficencia de...: se me acredita esto último por comunicado de la Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales, que copiado literalmente dice así:

«Ministerio de la Gobernación y Obras Sociales.—Sección Benef. Partic.—Número...— En relación con el comunicado de la Junta Provincial de Beneficencia número 113, de fecha 23 de junio último, esta Dirección General, sin perjuicio del criterio que firmemente viene manteniendo, respecto a que se cumplan dentro de la mayor brevedad posible las instrucciones de los fundadores de instituciones benéficas, teniendo en cuenta los razonados motivos expuestos por esa Corporación, ha acordado que continúe la misma desempeñando interinamente el Patronato de la «Fundación Hijos de Félix G. de V.», instituída en M. de C. de esa provincia, pendiente de regularización e interin se realice ésta, con arreglo a la voluntad de los fundadores y a los establecido en las disposiciones que rigen en la materia.—Dios guarde a V. E. muchos años.—M. El *Director general* (firma ilegible).—Excmo. señor Gobernador Civil, Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia de S. (Hay un sello con el escudo nacional y alrededor) Ministerio de la Gobernación, Beneficencia; en cuanto a ostentar el señor X.X. el cargo de Gobernador Civil de esta provincia, me consta por notoriedad. Y de un modo espe-

cial está facultado para este acto por acuerdo de la Junta Provincial de Beneficencia que preside, según certificado que me exhibe, considero suficiente y queda unida a esta matriz.

Por lo dicho y lo que luego se expondrá juzgo yo, el Notario, al señor compareciente con la capacidad legal necesaria para este acto.

E X P O S I C I O N :

PRIMERO : *De la partición de la herencia de don Andrés G. de V. y G. P., en general.*—Don Andrés G. V. y G. P., natural de M. de C. soltero, vecino de S., falleció en dicha ciudad el día 19 de diciembre de 1910, con testamento ante el Notario de S., don..., fecha 5 de julio de 1900, en el que tras ordenar diversos legados instituyó herederos por iguales partes a sus hermanos don Mamerto, don Justo, doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P., y nombró Contador-Partidor a don Gumersindo M. C.

Y fué formalizada la partición de la herencia del mismo, interviniendo todos los citados por escritura ante el Notario de S., don E. B., fecha 3 de marzo de 1911.

Todo lo dicho resulta de copia auténtica de la testamentaria expresada que se me exhibe y se acompañará.

SEGUNDO : *Del legado de ciertas porciones intelectuales de las casas sitas en S., calles P. y P., 26 y B. y M., 3.*—El causante en su testamento, en uno de los párrafos del mismo, ordenó el siguiente legado : «Lego en usufructo vitalicio por iguales partes a mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, la parte pro indiviso que me corresponde en el pleno dominio de las casas en esta ciudad, calle P. y P., 26 y B. y M., 3, cuya participación consiste en el 36 por 100 del valor de dichas casas. Por fallecimiento de cualquiera de dichas mis hermanas su parte pasará a sus hijos y demás descendientes legítimos, si los tuvieren, y no teniéndolos acrecerá el usufructo a la hermana y usufructuaria que sobreviva, que a su muerte transmitirá el pleno dominio a sus hijos y descendientes legítimos, si los tuviere. En caso de que ambas mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, fallezcan sin que de ninguna de ellas quede descendencia legítima, toda la participación que me corresponde en las referidas casas pasará en pleno dominio a mis hermanos don Mamerto y don Justo, y en defecto de cualquiera de ellos a sus legítimos descendientes por el orden de las stirpes, aunque excedan del tercer grado de consanguinidad».

Así resulta del testamento que se me exhibe y queda unido a esta matriz.

TERCERO : *Del cumplimiento del legado transcrito en la partición de la herencia del causante en lo referente al usufructo.*—En la partición de la herencia de don Andrés G. de V., se dió cumplimiento al legado transcrito, si bien sólo en lo referente al usufructo. Y ello fué hecho del modo siguiente :

Hijuela de la señorita doña Francisca G. de V. y G. P., mayor de edad, soltera, sin profesión y vecina de S.....

En usufructo.

Ha de haber.

Por su legado, cuarenta y cinco mil pesetas 45.000,00

Adjudicación y pago.

1.º Se le adjudica en usufructo y en común y pro indiviso una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa en esta ciudad, calle P. y P. número 26, actual, correspondida bajo el número cinco del inventario, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuarenta mil quinientas pesetas 40.500,00

2.º Y se le adjudica igualmente en usufructo y en común y pro indiviso una participación consistente en 18 por 100 de su valor en la casa en esta ciudad, calle B. y M. número uno, segundo y tres actual, comprendida en el inventario bajo el número seis, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuatro mil quinientas pesetas 4.500,00

Total.—Adjudicado en usufructo a esta interesada, cuarenta y cinco mil pesetas; igual cantidad que su haber y queda pagada 45.000,00

Hija de la señorita doña Damiana G. de V. y G. P., mayor de cuarenta y ocho años, soltera, sin profesión especial y vecina de S.....

En usufructo.

Ha de haber.

Por su legado, cuarenta y cinco mil pesetas 45.000,00

Adjudicación y pago.

1.º Se le adjudica en usufructo y en común y pro indiviso una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa en esta ciudad, calle P. y P. número veintiséis, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuarenta mil quinientas pesetas 40.500,00

2.º Y se le adjudica, igualmente, en usufructo y en común y pro indiviso una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa número uno, segundo y tres actual, de la calle B. y M., descrita en el inventario bajo el número seis, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación cuatro mil quinientas pesetas 4.500,00

Total adjudicado a esta heredera, cuarenta y cinco mil pesetas, igual a su haber y queda pagada 45.000,00

Comprobación.

Importa el cuerpo general de hacienda, ciento catorce mil cuatrocientas cuarenta y tres pesetas y cuarenta y ocho céntimos 114.443,48

Adjudicado en pleno dominio a don Mamerto G. de V., seis mil seiscientos siete pesetas con veintisiete céntimos 6.607,27

Idem a don Justo G. de V., seis mil seiscientos siete pesetas con veintiocho céntimos 6.607,28

Idem a doña Francisca G. de V., cinco mil seiscientos catorce pesetas con cuarenta y seis céntimos 5.614,46

Idem a doña Damiana G. de V., cinco mil seiscientos catorce pesetas con cuarenta y siete céntimos 5.614,47

Idem a doña Francisca G. de V., en usufructo cuarenta y cinco mil pesetas 45.000,00

Idem en el mismo concepto que el anterior a doña Damiana G. de V., cuarenta y cinco mil pesetas	45.000,00
Total, igual	114.443,48

CUARTO: *Del no cumplimiento del legado inscrito en la partición de la herencia del causante en lo referente a la nuda propiedad, y cómo se le da cumplimiento en este acto.*—Pero en la partición expresada no se dijo nada respecto de la nuda propiedad de las porciones intelectuales de casas aludidas, ni fueron adjudicadas a nadie, ni fueron citadas en la comprobación. En consecuencia, se incurrió en una omisión que en este acto va a ser subsanada.

Se trata de unos legados a favor de don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., de nuda propiedad, sujetos a condición resolutoria, consistente esta condición, según palabras literales del testamento en lo que sigue: «su parte pasara a sus hijos y demás descendientes legítimos, si los tuvieren, y no teniéndolos acrecerá el usufructo a la hermana y usufructuaria que sobreviva, quien a su muerte lo transmitirá en pleno dominio a sus hijos y descendientes si los tuviere...» O sea, que si se diese la circunstancia de que una u otra de las dos legatarias del usufructo tuvieren hijos quedaría resuelto el derecho de los legatarios de la nuda propiedad.

Que este es el efecto de la disposición lo comprueba la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Así, el 11 de abril de 1905, en un caso en que el testador nombraba heredera usufructuaria a su sobrina, mandando que a su fallecimiento pasaran los bienes en pleno dominio a los hijos de ella, si llegaba a tenerlos y en caso contrario a otras personas—como fácil es de ver, la similitud es completa—, sentó la doctrina de que «ello ni entrañaba sustitución vulgar alguna, por no caber dentro de la fórmula propia de tales sustituciones, ni en lo preceptuado en el artículo 774, ni envolvía, por otra parte, condición suspensiva respecto a las personas en último término designadas, sino verdadera condición resolutoria que hacía conferir, desde luego, a esas personas la nuda propiedad desde el fallecimiento del testador, sin perjuicio de la extinción de su derecho en el caso de morir la usufructuaria con descendientes». Y que ello es doctrina mantenida constantemente por el Alto Tribunal mencionado, lo corrobora la sentencia de 7 de junio de 1950, que declaró que «con arreglo a las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1896 y 12 de febrero de 1915, las instituciones de herederos a día cierto, o que indudablemente ha de venir, como el de la muerte de una persona—en el caso del litigio, el de la usufructuaria designada en el testamento—crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos, desde el fallecimiento del testador».

En consecuencia, la partición de la herencia de don Andrés G. de V. y G. P., debe ser ampliada del modo siguiente:

- a) (En la hijuela de don Mamerto G. de V. y G. P. debe añadirse):
Ha de haber también:

3.º Por su legado, cuarenta y cinco mil pesetas en nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P.	45.000,00
---	-----------

Adjudicación y pago.

7.º Se le adjudica la nuda propiedad—correspondiendo el usufructo a

doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P., de: una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa en esta ciudad de S., calle P. y P. número veintiséis actual, comprendida bajo el número cinco del inventario, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuarenta mil quinientas pesetas 40.000,00

8.º Y se le adjudica igualmente la nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P., de: una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa de esta ciudad de S., calle B. y M. número uno, segundo y tres actual, comprendida en el inventario bajo el número seis, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación cuatro mil quinientas pesetas 4.500,00

Las dos adjudicaciones que anteceden lo son bajo la condición resolutoria de que doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P., tengan hijos y, por cierto, en otro párrafo se emplea giro distinto, como si la condición fuera «que dichas legatarias fallezcan dejando descendiente»: parece más lógico lo segundo: si así ocurriere quedará resuelto el derecho de nuda propiedad adjudicado y serán estos descendientes vivos, al fallecimiento de la última de las dos, los que deberán ser titulares de la nuda propiedad y, no existiendo usufructuario, del pleno dominio.

Total adjudicado en nuda propiedad a este interesado, cuarenta y cinco mil pesetas, igual cantidad que su haber, y queda pagado 45.000,00

b) (En la hijuela de don Justo G. de V. y G. P., debe añadirse):

Ha de haber también.

3.º Por su legado, cuarenta y cinco mil pesetas en nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P. 45.000,00

Adjudicación y pago.

8.º Se le adjudica la nuda propiedad—correspondiendo el usufructo a doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P.—, de: una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa de esta ciudad de S., calle P. y P. número veintiséis actual, comprendida bajo el número cinco del inventario, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuarenta mil quinientas pesetas 40.500,00

9.º Y se le adjudica igualmente la nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P., de: una participación consistente en 18 por 100 de su valor, en la casa sita en esta ciudad de S., calle B. y M. número uno, segundo y tres actual, comprendida en el inventario bajo el número seis, siendo el valor del pleno dominio de dicha participación, cuatro mil quinientas pesetas 4.500,00

Las dos adjudicaciones que anteceden lo son bajo la condición resolutoria de «que doña Francisca y doña Damiana tengan hijos», y por cierto que en otro párrafo se emplea distinto giro, como si la condición fuera «que dichas legatarias fallezcan dejando descendientes»: parece lo más lógico lo segundo: si así ocurriere, quedará resuelto el derecho de nuda propiedad adjudicado y serán estos descendientes vivos, al fallecer la última de las dos, los que deberán ser titulares de la nuda propiedad y, no existiendo usufructuario, del pleno dominio.

Total adjudicado en nuda propiedad a este interesado, cuarenta y cinco mil pesetas, igual cantidad que su haber, y queda pagado ... 45.000,00

c) En la comprobación debe intercalarse antes del último renglón, o sea antes de la suma de todos los valores:

«Idem a don Mamerto G. de V., en nuda propiedad, cuarenta y cinco mil pesetas. No se coloca este valor como sumando porque ya ha sido puesta esa cantidad al hablar del derecho de usufructo.

Idem, a don Justo G. de V., en nuda propiedad, cuarenta y cinco mil pesetas. No se coloca este valor como sumando porque ya ha sido puesta esa cantidad al hablar del derecho de usufructo.

QUINTA: *Legitimación activa del señor compareciente para la presente ampliación y transmisión de derechos hereditarios de partición.*—A primera vista, la presente ampliación de la partición de herencia deberá ser hecha por el albacea-contador partidor testamentario, o puesto que ya ha transcurrido el plazo legal de actuación, por todos los herederos, o los herederos de los herederos.

Pero hay que tener en cuenta que se trata de un legado de cosa específica. Y dice sobre ello el artículo 382 del Código civil, párrafo I, inciso 1.º: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad, desde que aquél muere». Y si bien es verdad que el 385 del mismo cuerpo legal dice: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla», también lo es que, según constante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notario, hay excepciones: y una de ellas es la de los prelegados con heredero único, ya que quedan reunidas en una misma persona las cualidades de legatario y heredero; y lo mismo en todos los casos en que se produzca aquella reunión de dichas dos cualidades: así la resolución del citado Centro Directivo de 28 de abril de 1871 y 18 de julio de 1900.

Y éste es, precisamente, el caso objeto de esta escritura. Don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., como herederos y legatarios al mismo tiempo, pudieron ocupar por su propia autoridad los respectivos legados. Pero fallecieron los días 15 de agosto de 1935 y 11 de septiembre de 1939, y el heredero de uno y otro es, precisamente, la «Fundación Hijos de Félix G. de V.», dado que, según dice el señor otorgante, fallecieron bajo testamento ante el Notario de S., don J. E., fecha 4 de febrero de 1930, en los que se lee: «El remanente de todos sus bienes, derechos y acciones una vez extinguidos que sean los usufructos ordenados en la cláusula tercera y sin perjuicio de que en su caso, se cumplan los legados dispuestos en la cláusula cuarta, dispone que se destine a obras benéficas en la forma siguiente: Se constituye en M. de C., provincia de S., una fundación benéfico-docente que se denominará «Fundación de Hijos de Félix G. de V.», que estará a cargo de un Patronato constituido por el Párroco, Juez Municipal y Alcalde de esta villa, o las personas que desempeñen sus funciones, y dos vecinos más, uno el mayor contribuyente y otro, uno de los pobres beneficiados por la fundación... La fundación adquirirá los bienes que constituyen el remanente de la herencia del testador y los conservará o los enajenará si lo estima más oportuno.» Se acompaña certificado de defunción y del Registro General de Actos de

Ultima Voluntad y copia auténtica de los testamentos aludidos. Por lo tanto, don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., estaban legitimados activamente para ampliar la partición de la herencia de su causante, don Andrés G. de V., y dejar los legados a sus respectivos nombres; esto por la aplicación de los preceptos del Código y doctrina del Centro Directivo que se acaba de consignar. A los expresados don Mamerto y don Justo sucedió en todos sus bienes y derechos, la «Fundación de Hijos de Félix G. de V.»: se acaba de explicar por qué. En consecuencia, la Fundación está legitimada activamente, para, como si se tratara de los mismos don Mamerto y don Justo, ampliar la partición de la herencia de don Andrés G. de V. y G. P., y hacer constar fehacientemente que la nuda propiedad de las porciones intelectuales de fincas urbanas, objeto de este acto, forman parte de las hijuelas de uno y otro con las condiciones resolutorias que han sido detalladas en el lugar oportuno.

Y expuesto cuanto antecede, el señor otorgante realiza la siguiente

DISPOSICION

Cláusula única.—Don L. L. P., en representación de la «Fundación Hijos de Félix G. de V.», y ésta, a su vez, como sucesora universal de los derechos de don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., herederos y legatarios de las porciones intelectuales de finca urbana descritas anteriormente, en la herencia de don Andrés G. de V. y G. P., amplía la partición de la herencia del mismo, adjudicando en las hijuelas de los expresados don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., las porciones intelectuales legadas aludidas, y ello del modo expresado en el antecedente cuarto. Y después hace manifestación de dichos derechos en favor de los herederos de los expresados señores, que lo es la Fundación Félix G. de V., como se explica.

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACION

Yo, el Notario, leo en alta voz esta escritura, tras haberle advertido al señor otorgante su derecho a hacerlo por sí o por otro, y hago al final de palabra la advertencia legal pertinente, si bien expresando que dado el tiempo transcurrido desde el fallecimiento tanto del primer causante don Andrés G. de V. y G. P., como de sus herederos y hermanos don Justo y don Mamerto, ha prescrito el derecho de la Hacienda a percibir impuesto alguno por las transmisiones objeto de este acto. El señor otorgante lo encuentra todo conforme y firma conmigo.

Queda extendido este instrumento público en siete pliegos de papel timbrado judicial por no haber del timbrado común, de clase novena, o sea de tres pesetas, serie A, número ochocientos quince mil setecientos cinco, los dos siguientes correlativos, ochocientos quince mil setecientos nueve y los tres siguientes correlativos.

De todo lo cual yo, el Notario, doy fe.

Número.

En el nombre de Dios, yo, don Andrés G. de V. y G. P., natural de M. de C., provincia de S., mayor de edad, soltero, del comercio y vecino de esta ciudad de S. con mi cédula expedida en la misma a primero de diciembre del año próximo pasado, bajo el número treinta y siete mil quinientos sesenta y siete de la clase séptima, e hijo legítimo que soy de don Félix G. de V. y L. y doña Juana G. P. y V., naturales que fueron de dicho pueblo, ambos difuntos.

Hallándome en buen estado de salud y en el uso habitual de mis facultades mentales y sentidos corporales, creyendo en Dios Todopoderoso y Misericordioso, y en todo cuanto enseña y practica nuestra Santa Madre Iglesia, Católica, Apostólica y Romana, previendo el caso de mi muerte, otorgo: Que hago y ordeno mi testamento por el tenor siguiente:

Primeramente, me encomiendo a Dios y a Jesucristo, Redentor y Salvador nuestro, y suplico a su Majestad Divina me perdone mis culpas por la intercesión de la Bienaventurada Virgen María y de todos los santos. Y cuando ocurra mi fallecimiento, mi cadáver, amortajado, según dispongan mis herederos, se sepultará en lugar sagrado, haciéndome un entierro de tercera clase y dejo a voluntad de mis albaceas los sufragios que por mi alma se hayan de hacer.

Lego en usufructo vitalicio por iguales partes a mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, la parte pro indiviso que me corresponde en el pleno dominio de las casas en esta ciudad, calle P. y P., veintiséis y B. y M., nueve, y B. y M., tres, cuya participación consiste en el 36 por 100 del valor de dichas casas. Por fallecimiento de cualquiera de dichas mis hermanas, su parte pasará a sus hijos y demás descendientes legítimos, si los tuvieren, y no teniéndolos acrecerá el usufructo a la hermana y usufructuaria que que sobreviva, quien a su muerte transmitirá el pleno dominio a sus hijos y descendientes legítimos, si los tuviere. En caso de que ambas mis hermanas doña Francisca y doña Damiana, fallezcan sin que de ninguna de ellas quede descendencia legítima, toda la participación que me corresponde en las referidas casas, pasará en pleno dominio a mis hermanos don Mamerto y don Justo, y en defecto, de cualquiera de ellos a sus legítimos descendientes, por el orden de las estirpes, aunque excedan del tercer grado de consanguinidad.

Lego a mis hermanos don Mamerto y don Justo G. de V. y G. P., en plena propiedad, todas las acciones de minas que yo posea al tiempo de mi muerte.

Nombro por mis albaceas, con la cualidad de insolidum y con todas las facultades propias de dicho cargo, a mis hermanos don Justo, don Mamerto, doña Francisca y doña Damiana G. de V. y C. P.

Nombro contador partidor al señor don Gumersindo M. y Ch., y en su defecto, al señor don Juan de D. de S. y del P., concediéndoles, a cada uno en su caso, las facultades propias de dicho cargo y la de hacer, por sí mismo o por medio de la persona o personas que elijan, aunque no tengan título oficial de peritos, el inventario, aprecio, liquidación, partición y adjudicación de todos mis bienes.

Instituyo y nombro por mis únicos y universales herederos en pleno dominio y por iguales partes a mis hermanos don Mamerto, don Justo, doña Francisca y doña Damiana G. de V. y G. P. Es mi voluntad que todas las

diligencias que hayan de practicarse hasta dejar terminada mi testamentaria y todas sus incidencias, se ejecuten extrajudicialmente por los contadores partidores que dejo nombrados, cada uno en su caso, prescindiéndose de lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el presente, revoco y anulo todos los testamentos y cualquier otro acto de última voluntad que parezca hecho u otorgado por mí antes de esta fecha. S. a cinco de julio de mil novecientos. Yo, el doctor don Eduardo B. y O. de Z., Notario de esta Capital y del Ilustre Colegio de su Territorio, redacté e hice escribir este testamento según las notas que al efecto me había entregado el testador, y concurriendo el mismo con los testigos al despacho de mi Notaría, en el día de la fecha, siendo la hora de la una y media, se procede al otorgamiento por el orden siguiente:

Primersamente, advierto al testador y a los testigos el derecho que tienen para leerlo por sí mismos y enterados renuncian, encargándome que lo lea como lo hago íntegramente a satisfacción de todos.

En el acto dice el testador que es conforme a su última voluntad. Son los señores don J. L. y V., del comercio, don J. J. y H., agente de seguros y don A. P. y S., del comercio, todos tres mayores de edad, y vecinos de esta ciudad, sin excepción legal, que conocen personalmente al testador, se han cerciorado de su capacidad, han visto, oído y entendido este testamento, y aseguran que el mismo es conforme a la voluntad del testador expresada en este acto. Yo, el Notario doy fe que conozco personalmente al testador, señor don Andrés G. de V. y G. P., que éste tiene la capacidad necesaria, que en este testamento se han cumplido todos los requisitos y formalidades legales en un solo acto y se firma en el mismo acto, y que es cierto todo cuanto el presente documento expresa.

A. G. de V.—J. L.—Julián J. H.—Antonio P.—Signado.—Dr. E. B. y O. de Z.—(Rubricados).

En el mismo día, mes y año de su fecha, di parte al señor Decano de este Colegio Notarial de haberse otorgado el anterior testamento, en cumplimiento de lo que está prevenido.—Doy fe.—Dr. B.—Rubricado.

Es primera copia de su original, que bajo el número que encabeza y con nota de esta data obra en el protocolo corriente al año mil....., de la notaría a cargo del Notario que fué de esta capital, don E. A. y O. de Z. Y a instancia de la Junta de Beneficencia de la Provincia de S., la expido yo, A. S. de la M. y B., Archivero de Protocolos del Distrito, en dos pliegos de la de la clase octava, serie E, números siete millones ochocientos seis mil doscientos sesenta y seis y éste su correlativo, siguiente, debidamente reintegrado el primero, en S. a los tres días del mes de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.—(Sellado)—(Signado)—A. S. de la M. y B.—(Rubricado).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALVARO D'ORS: «Elementos de Derecho Privado Romano». Publicaciones del Estudio General de Navarra, XXIII, Pamplona 1966; 386 págs.

El profesor D'Ors ha reunido en este libro sus apuntes de Cátedra, resultado de un largo y fecundo período de docencia. Desde su primera página estos «Elementos» ofrecen al lector una exposición nueva y original de las tradicionales instituciones de Derecho privado romano que ha sabido armonizar la riqueza y profundidad de contenido con una magistral sencillez de forma.

En el prólogo, el autor advierte que se trata de un libro de texto para ser explicado en las lecciones y servir de pauta de reflexión en el estudio particular, y que en todo momento ha buscado más la claridad que la facilidad, por estimar que así corresponde al nivel universitario digno de este nombre. Por ello, anticipa también que el libro, «resultado de un esfuerzo de comprensión en el que la investigación no se ha separado nunca de la asidua docencia, exige desde su primera página un verdadero esfuerzo de la inteligencia».

La simple lectura del índice sistemático muestra ya al lector que el libro se dedica preferentemente a las instituciones de derecho patrimonial y que su sistema expositivo se aparta totalmente del sistema pandectístico. La preferencia por el derecho romano clásico y patrimonial la justifica el autor en su convicción sobre dónde reside la mayor utilidad del Derecho romano para la formación del jurista moderno. En cuanto al sistema expositivo seguido, se advierte que «un sistema expositivo se justifica a la vez por su utilidad didáctica y por su adaptación a la materia misma que se expone y, precisamente por ello, he prescindido de la sistemática civilística».

El libro se divide en tres partes: la propiedad, la herencia y las obligaciones, precedidas de una introducción.

En la introducción, el autor expone la tradición histórica del Derecho romano—con un interesante apartado sobre la periodificación—, unos datos breves, pero suficientes sobre las fuentes y, por último, las acciones del procedimiento civil romano como punto de partida para el estudio de las instituciones consideradas siempre desde un preciso enfoque procesal.

En la primera parte, la propiedad, el autor comienza ocupándose de los conceptos fundamentales de cosa, propiedad y posesión—pretoria y civil—junto a los que estudia ampliamente la acción reivindicatoria que configura todo el Derecho de propiedad. Sigue el estudio de la adquisición de la propiedad, en el que la distinción de actos formales de atribución

y apropiaciones posesorias justas viene a eliminar los inconvenientes e imprecisiones de la tradicional clasificación en modos originarios y derivativos. Finaliza esta parte la exposición de las limitaciones de la propiedad con un amplio contenido: condominio, limitaciones por interés público o moralidad, limitaciones por vecindad—en las que se da el debido relieve al criterio jurisprudencial de la *immissio*—, servidumbres, usufructo y otros derechos reales sobre cosa ajena, que el autor se limita a mencionar remitiendo al estudio de los negocios que los constituyen.

La segunda parte, la herencia, no sólo comprende las instituciones hereditarias, sino también las instituciones que en la sistemática en uso se encuadran en derecho de familia y que el autor estudia en cuanto sirven de premisas al estudio de las relaciones de herencia. Por ello, en un primer capítulo de generalidades sobre la familia romana, expone sucesivamente los conceptos de herencia y familia, persona y capacidad, esclavitud, patria potestad y *manus*, parentesco y situación patrimonial de los hijos y esclavos. Es evidente la tendencia del autor de huir de distinciones diacríticas, no siempre necesarias y precisas: así, advierte que sobre la distinción de los tres grados de *capitis deminutio* la doctrina moderna ha construido el tópico de los tres *status* o condiciones: *libertatis, civitatis, familiae*, cuando, «desde el punto de vista romano, la *libertas* y la *civitas* no constituyen dos condiciones distintas, sino dos aspectos de una misma realidad» (p. 159). Sigue un extenso capítulo dedicado a la sucesión hereditaria en el que el autor, tras de exponer los conceptos fundamentales y la protección procesal del heredero, trata sucesivamente de la sucesión intestada y forzosa y de la sucesión testamentaria. Aunque la exposición se centra en el derecho clásico, no faltan las oportunas referencias al derecho postclásico, como en la explicación de las formas postclásicas de testamento y en la evolución postclásica de la *collatio*. A continuación, se estudia la tutela y la curatela, evidentemente relacionadas con el derecho sucesorio. Termina esta segunda parte con un simple capítulo, dedicado a las liberalidades, que comprende los legados y fideicomisos, las donaciones—con un apartado breve, pero enjundioso, dedicado a las fundaciones—y la dote, considerada como un tipo especial de donación y precedida de unas breves referencias al matrimonio pagano.

La tercera parte, las obligaciones, es la más lograda del libro y la que merece un examen más detenido. En la exposición de obligaciones y contratos, en efecto, el autor ha seguido criterios propios y originales acordes con los resultados de su labor investigadora. Con el objeto de respetar fielmente los esquemas clásicos, el profesor D'Ors parte siempre del punto de vista de la acción y prescinde totalmente de la sistemática pandectística de las fuentes de las obligaciones. El primer capítulo, introductorio de la materia, lo dedica a los conceptos fundamentales, en los que expone, ante todo, la noción de *obligatio*, «término adoptado por la primera jurisprudencia para designar la relación patrimonial sancionada por una acción civil *in personam*». Afirma que hurto y préstamo son las dos causas originarias del *debitum* y del acto de violencia ritual que lo sanciona: la *manus iniectio* (p. 235). En la época clásica, el campo de relaciones de *debitum* cubierto por el nuevo sistema de acciones civiles se amplía la

condictio y por las acciones personales, sobre todo, por los nuevos *iudicia bonae fidei*. La relación de deuda civil que se designa con *oportere* (deber por derecho civil) se denomina con el término *obligatio* por los juristas de fines de la República. Después de tratar de las obligaciones naturales y de las acciones y obligaciones pretorias, el autor, «prescindiendo de ciertos esquemas escolásticos que no parecen corresponder a la realidad del sistema clásico», distingue los siguientes grupos de acciones: a) acciones penales; b) acciones crediticias por distintos tipos de préstamos; c) *stipulationes*; d) contratos; que examina en sucesivos capítulos. En primer lugar, estudia los *delicta* como causa de obligación y las características generales de las acciones penales. En el apartado dedicado a la represión pretoria de los actos ilícitos sistematiza toda la compleja y vasta materia de las acciones y excepciones pretorias que tienen esa finalidad. En el capítulo que sigue, dedicado a los préstamos, el autor, basándose en las nociones de *condictio* y de *creditum*, resume con la mayor claridad su conocida tesis sobre las *obligationes* y las *dationes* crediticias (vid. *Creditum* y *Contractus*, en AHDE 26 (1956), p. 183 ss. y las anteriores aportaciones allí citadas). El autor subraya el carácter general y abstracto de la *condictio*, que se olvida en la época postclásica al introducir nombres distintos, según el objeto o las causas, «La obligación crediticia sancionada por la *condictio* es una obligación de dar una cosa cierta que se recibió» (p. 276). *Solvere* es dar al acreedor lo que se debe, y sólo el que hace propietario al acreedor queda liberado de su obligación. En las causas del *creditum*, el autor enumera las siguientes: *datio*, *stipulatio* de *certum* y *expensilatio*. A su vez, en las *dationes* de crédito distingue la *datio mutui*, la *datio ob rem*, la *datio ob causam* y la *datio ex eventu*, que examina detenidamente en sucesivos capítulos. En la categoría de los préstamos pretorios, se incluyen los tipos de préstamos similares al mutuo, sancionados por el pretor mediante la concesión de acciones *in factum* similares a la *condictio*: *constitutum*, *commodatum* y *pignus*. Especial relieve debe darse a la magistral exposición de las estipulaciones. La explicación sobre el carácter abstracto de la estipulación documentada permite al alumno captar perfectamente estas ideas, que no son nada fáciles de exponer. En el estudio de la estipulación, el autor incluye los elementos accidentales, condición y término, de los que se había ocupado también anteriormente al tratar de la sucesión testamentaria (p. 200 ss.). En el apartado que titula «variedades» estudia la estipulación a favor de tercero, la superproducción de estipulaciones y la novación. Termina este denso capítulo un apartado sobre cesión de créditos y deudas y un amplio apartado sobre pluralidad de personas y garantía personal. En los contratos de buena fé, el autor parte del concepto de obligaciones recíprocas, frente a las unilaterales —prestatos y estipulaciones— y del principio de la *bona fides* para incluir en esta categoría la fiducia, el depósito, los cuatro contratos consensuales—mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento—, la gestión de negocios sin mandato y dos negocios similares a la compraventa (contrato estimatorio y permuta) dotados de acciones *in factum*. Después de la sociedad se dedica un epígrafe a las corporaciones, y a continuación del arrendamiento se estudia el *ager vectigalis* y la *emphyteusis*, y la *superficies*. El lector escép-

tico sobre la conveniencia de sustituir la tradicional cuatripartición contractual por este esquema de derecho clásico encontrará particularmente interesante el apéndice sobre la evolución postclásica, donde el autor estudia la generalización del contrato, los cuasi-contratos y cuasi-delitos y los pactos vestidos y desnudos. El profesor D'Ors afirma que el punto de partida para la generalización postclásica está ya en Gayo, que presenta una división cuatripartita de los modos de contraerse una obligación, pero esta cuatripartición resultaba heterogénea e incompleta y por ello, fué completada en el época postclásica, añadiéndose al mutuo, como contratos reales, el comodato, el depósito y la prenda. Este esquema así completado, fué recogido por Justiniano, que lo transmitió a la posteridad, a pesar de resultar anacrónico e incompleto.

El libro termina con un completo índice tópico y una indicación de las principales reglas jurídicas.

Con este resumen general, el lector podrá hacerse una idea del caudal de sugerencias y reflexiones que el libro ofrece. En determinadas cuestiones concretas estos «elementos» del profesor d'Ors provocarán quizá críticas y disputas en los romanistas que mantienen posiciones diversas, pero en todo caso, deberán considerarse como una valiosa aportación en el campo pedagógico y científico y como el logrado esfuerzo de comprensión que el autor se propuso al escribirlo.

M. GARCÍA GARRIDO

CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO, con un estudio preliminar de Félix Ochoteco. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1960. Un volumen de 384 págs.

De la cultural tarea que lleva a cabo el «Instituto de Cultura Hispánica», resalta hoy la publicación del Código civil de Puerto Rico con un estudio preliminar del jurista don Félix Ochoteco.

Por este documentado estudio preliminar, podemos ver aclaradas las transformaciones sucesivas que fué sufriendo el Código civil español, que entró en vigor en la isla de Puerto Rico, en cuanto provincia española, el 1 de enero de 1890. Como consecuencia de haber pasado a poder de los Estados Unidos, y por el tratado de París de 1898, se inicia una nueva etapa legislativa. No obstante, una Orden general de 18 de octubre de 1898, decía que «las leyes provinciales y municipales, hasta donde afecten la determinación de derechos privados correspondientes a individuos o propiedades, serán mantenidas en todo su vigor».

La vinculación política habría de traer transformaciones, sobre todo, por el afán de entablar un contacto y relaciones más intensas.

La primera revisión del Código civil data del año 1902: en el informe que se elevó por la Comisión al Congreso de los Estados Unidos, ya se decía que «es indudable que la mente del Congreso fué poner las instituciones de la Isla en la más estrecha armonía con el sistema americano, pero sin efectuar cambios repentinos, que habrán de traer consigo fuertes gravámenes y gastos para sus habitantes, con menoscabo del respeto a la Ley».

Como consecuencia, se introdujeron en el texto del Código civil español, sobre todo en el libro primero, bastantes modificaciones en lo referente al matrimonio, divorcio, tutela, patria potestad, ausencia, paternidad y filiación, derechos de los hijos ilegítimos y adopción, pero en la mayor parte de ellos predominó el propósito de incorporar al Derecho civil puertorriqueño muchos preceptos del Código de Louisiana.

Dada la serie de errores y torpezas que por la anterior redacción se cometieron, en 1911 se hizo una nueva compilación de las nuevas leyes modificativas del Código civil. La concesión de la ciudadanía americana a los puertorriqueños en 1957, y la creación de una Comisión Codificadora, además de otras concausas, condujeron a una nueva compilación en el año 1933, y a una revisión del Código civil, donde las principales innovaciones son: aparecer su texto en español e inglés; el insertar una traducción de los artículos traídos del Código civil de Louisiana; contener una tabla de equivalencias de los Códigos civil español y Louisiana y un apéndice a las leyes más importantes del Derecho sustantivo.

En 1941, se sucede otra nueva compilación sobre las leyes vigentes de carácter permanente. El Código civil no es más que una nueva reimpresión de la edición de 1930 en las correspondientes enmiendas y la intercalación de las leyes especiales. Por último, en 1954 se hace una edición anotada del Código civil, conteniéndose en cada Sección un historial o procedencia del precepto y las anotaciones de jurisprudencia que interpretan el mismo.

Resulta, pues, que el Código civil puertorriqueño, con base y tradición en el sistema romanista, ha recibido la penetración de instituciones e influencias angioamericanas a través de la formulación judicial, jurisprudencial y legislativamente. Así sucede con la introducción de la equidad, en cuanto arbitrio judicial, y con el *trust* o fideicomiso.

J. HERNÁNDEZ-CANUT

DE MARINO y BORREGÓ, Rubén M.: «El Suministro» (Teoría General).
121 págs. Salamanca 1959.

La altura científica de los volúmenes aparecidos hasta ahora en las «Acta Salmaticensia» es hoy indiscutible e indiscutida; de ello es buena prueba e. actual (tomo IV núm. 2), dedicado a resolver los problemas de la Naturaleza Jurídica del Contrato de Suministro. Y gracias precisamente a aquella altura, ésta, vapuleada unas veces, desconocida otras, siempre piedra primera de toda construcción institucional, sale de este libro robustecida y dignificada. En efecto, el autor, conocedor de su complejidad conceptual, no se conforma con su búsqueda más o menos acertada, sino, que, además, intenta y consigue, a través de una jugosa parte general de la Naturaleza Jurídica, una legitimación, desde luego, de su trascendencia doctrinal, amén de la de su utilidad para la práctica del Derecho.

Se configura la Naturaleza Jurídica como el objetivo ontológico a investigar en todo instituto (con los normativo y fenomenológico), consistiendo en dos vertientes: a) caracteriológica, es decir, la propiedad característica

del ser, de su virtud, su cualidad, y b) de sistematización: «por la que se encaja la institución en alguno de los compartimientos en los que por la ley o la ciencia jurídica se considera dividido u ordenado el Derecho», sirviéndole de criterio para ello el de la causa del contrato. A continuación, el autor, y como inolvidable paradigma para todo jurista, antes de emprender la *magna investigatio* de la Naturaleza Jurídica, estima imprescindible la concreción de algunos extremos de la doctrina general de las Obligaciones y Contratos (éste, la obligación y la relación obligatoria, sus elementos y los de de aquél, delimitación conceptual del objeto, prestación y contenido de la obligación, la causa, perteneciente al contrato y no a la relación obligatoria, formación y perfección del contrato, etc., etc.), con idea de acordar definitivamente la mente del lector y la suya en algunos conceptos neurálgicos para el ulterior discurrir lógico y sabedor de que las máximas diferencias de fondo encierran, la mayoría de las veces, un simple desacuerdo de léxico, fácilmente evitable *a priori*.

Una vez definido el suministro como «contrato por el que una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable», desarrolla la parte más extensa de su trabajo: exposición y crítica de las teorías lanzadas para resolver el enigma de su naturaleza jurídica y ello con intención metodológica de contraste, y no meramente expositiva o histórica; he aquí la sistematización de las mismas:

Negativas: (de la especial naturaleza contractual del Suministro) bien a través de su encuadre en una categoría más amplia, bien, las más radicales, considerándolo un mero concepto económico sin especialidad en lo jurídico. *Pluralistas*: partiendo todas de la existencia de un núcleo invariable regulador de las prestaciones en el tiempo, y otro invariable: diversidad de las prestaciones simples a repetir, y de la imposibilidad de justificar su complejidad para hacer de él una entidad unitaria, el autor subdistingue quienes, a pesar de su pluralidad, las creen idénticas entre sí e independientes (teorías de la oferta permanente y de los contratos simultáneos) y los que al pluralismo del sinalagma añaden la heterogeneidad de sus esencias (teorías de la opción, de los contratos preliminar, normativo y coordinativo). Aquí conviene, además, resaltar la perfección de su aparato ofensivo frente a este mundo de teorías, especialmente reforzado en el grupo presente, por la doble vía de una crítica específica y otra global al final del apartado, en base a argumentos dialécticos y consideraciones prácticas. *Monistas*: direcciones que, ¡por fin!, ven en él un solo contrato; pero ¡ay!, aquí la prolijidad de pareceres lejos de disminuir, aumenta: quiénes lo delimitan como un contrato de consentimiento progresivo, quiénes como compraventa, arrendamiento de obra, quiénes como combinación de contratos, siendo aquí especialmente extensa la lista de soluciones: otros, en fin, ven en él los rasgos de la comisión o del acto continuado. Al final de esta visión multiforme se halla, reparadora, la opinión del autor: el Suministro como contrato atípico y duradero. Ahora bien, mientras aquella sólo le es predicable en lo jurídico, pues socialmente es típico: por su nombre, contenido práctico y la copiosa legislación originada lateralmente, ésta, el *genus*, lo cualifica decisivamente y lo distingue de la periodicidad, la *species*.

Resta todavía mencionar algunas de las características formales de esta publicación:

Se trata de un extracto de la obra original—¿su tesis doctoral?—, donde consecuentemente se reduce la disciplina jurídica o aspecto normativo del contrato a cuatro páginas escasas, y todo el aparato de teorías y críticas respectivas, salvo las concernientes a la naturaleza jurídica, según se expuso.

Las partes afectadas por esta amputación, debida a «necesidades reglamentarias», están adecuadamente señaladas en las notas siguientes: 22, de la página 19; 27, de la 33; 16, de la 34, y en la página 31.

Se divide en una introducción, una primera parte dedicada a la noción del contrato, otra segunda para la tan mentada Naturaleza Jurídica, la recién aludida tercera, y unas conclusiones resumidoras de lo expuesto.

Como consideración final sólo señalar que se echa de menos alguna alusión a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, directa o indirectamente versada sobre el tema.

RAMÓN ZABALZA RAMOS

DUBRU: «L'égalité civile des époux dans le mariage». Bruxelles, 1959; 255 páginas.

La ley belga de 30 de abril de 1958 ha introducido en el derecho matrimonial de este país una organización calificada de «diárquica e individualista», regida por el principio de igualdad civil completa entre los cónyuges, con exclusión de las nociones de potestad marital, autoridad del jefe de la familia o incapacidad civil de la mujer.

El profesor Dubru, encargado de curso en la Universidad Lovanium de Léopoldville acomete en la presente obra el comentario orgánico de cada uno de sus preceptos, con arreglo al siguiente plan: Introducción y nociones generales, Estatuto civil de los cónyuges en el matrimonio, Principio de igualdad civil de los cónyuges, Derechos y deberes respectivos de los cónyuges, Consecuencias del principio de igualdad en otras ramas del Derecho, Vigencia temporal de las diversas legislaciones civiles relativas al matrimonio.

Con relación a la obra de Baeteman-Lauwers —que sigue siendo fundamental por haber intervenido sus autores en la redacción de la ley—, ofrece la que comentamos una mayor atención al problema de la repercusión de la reforma en los regímenes económicos del matrimonio (cuestión meramente aludida en el comentario de aquéllos); por el contrario, los aspectos procesales se encuentran aquí más sumariamente tratados. La bibliografía utilizada, casi exclusivamente francobelga, quizá peque de sumaria en algunas ocasiones; pero hay profundidad y agudeza en el comentario, y el autor no vacila en exponer y razonar su parecer junto al de los autores consagrados. Los trabajos preparatorios y la discusión de los proyectos ante el Parlamento, ocupan en la obra un lugar importante.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

ESCOBAR DE LA RIVA, E.: «Tratado de Derecho Notarial». Alcoy, 1957. Editorial Marfil, S. A. Un volumen de 606 págs.

A pesar de la pujanza y prestigio que hoy tiene la profesión notarial española, no es frecuente ni abundante la bibliografía correspondiente al llamado Derecho notarial. Por eso, no está demás recordar a los Letrados la existencia de una obra fundamental en la materia, como es ésta de la que hoy damos noticia, no de novedad, pues ya tiene cuatro años de vida, sino de calidad.

El Notario señor Escobar de la Riva ha compuesto su «Tratado de Derecho Notarial» de cuarenta y dos estudios y con una sistemática funcional ha ido elaborando, dentro de cada uno, toda la problemática, y estudiando cada una de las cuestiones que son partes fundamentales de sus materias.

La autonomía del Derecho Notarial no le conduce a este autor a elevarlo a una categoría absoluta; antes bien, concebido como un derecho objetivo, su nota característica es un derecho autónomo de la forma: se trata, pues, de un derecho de la forma.

Pero este autor no cae en la tentación de darnos una definición del Derecho Notarial; ir en busca de una definición—nos dirá—ofrecerá la misma dificultad o idéntico peligro que siempre, es a saber: que por muy comprensiva que se quiera proporcionar, ni por una amalgama de caracteres descubiertos se lograría, ya que el choque sobrevendría necesariamente dentro de la misma fórmula. Además—añade—, resultaría siempre una fórmula incompleta por exceso o por defecto. Escobar de la Riva, prefiere referirse a sus notas fundamentales y con Núñez Lagos constata tres hechos innegables: la existencia del instrumento público, la existencia de una función pública notarial y, por último, la existencia de una legislación notarial.

Su obra comienza, pues, por la teoría de la función notarial, deteniéndose en las diversas concepciones y teorías formuladas en torno a este Derecho. Se refiere, después, al origen del notariado, haciendo su historia, y pasa a los antecedentes de la Ley orgánica notarial. El estudio siguiente lo refiere el concepto y formación profesional del notario, otro el ingreso en la carrera y, los demás, a las siguientes materias: del notariado en corporación; del notariado, subjetivamente considerado, según el estatuto legal de su carrera; la retribución del notario; del personal de las notarias; de las mutualidades; la responsabilidad de los notarios; las causas de ceses y separación de la carrera; el notario como jurista; de la notaría, operatorio público; de la función notarial; del ejercicio de la función notarial; de los formularios; la jurisdicción notarial; el secreto profesional como deber de los notarios; de los instrumentos públicos; de la estructura externa o de los requisitos formales generales del instrumento público; del valor jurídico del instrumento público; del instrumento público en los negocios jurídicos formales; del instrumento público en los negocios jurídicos consensuales; de la nulidad formal del instrumento público; de las partes en que suele dividirse el instrumento público; de la comparecencia en los instrumentos públicos; representaciones le-

gales en el instrumento público; las normas generales de la exposición en la escritura pública; la parte dispositiva, o estipulación, en la escritura pública; del otorgamiento de la autorización; de las actas notariales; de las actas de notoriedad; de los testigos; del protocolo; de las diversas clases de instrumentos públicos; de la reconstrucción del protocolo y de los instrumentos; jurisprudencia extranjera relativa a la reconstrucción de testamentos ológrafos; del registro general de actos de última voluntad; de los archivos notariales; el valor internacional de los instrumentos, y de las sucesiones hereditarias, según treinta y cinco legislaciones.

Dada su información en doctrina nacional y extranjera, las notas de jurisprudencia y el estudio profundo de las materias hacen de la obra un manual de manejo conveniente para quien tenga que abordar estas cuestiones.

J. H. C

«ESTUDIOS JURIDICOS-SOCIALES». Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra, publicado por la Universidad de Santiago de Compostela, 1960, dos tomos (1330 págs.).

La Universidad de Santiago de Compostela ha publicado recientemente estos dos volúmenes de *Estudios Jurídicos-Sociales*, en homenaje a don Luis Legaz Lacambra, que fué su Rector durante dieciocho años, con ocasión de sus Bodas de Plata académicas. Como es usual en obras de este tipo —Mélanges, Festschrifts— se reúnen colaboraciones nacionales y extranjeras, éstas en versión original, de colegas y discípulos del homenajeado.

Como se dice en el Ofrecimiento que prologa la obra «todas estas aportaciones, en calidad y número que significan un plébiscito de admiración y afecto, se recogen en cuatro apartados, en los cuales, con una cierta sistemática, se incluyen: I.—Estudios bibliográficos; II.—Estudios de Filosofía del Derecho, Teoría general del Derecho, Sociología jurídica, Ética y Antropología; III.—Estudios de Filosofía social, Historia de las instituciones, de las ideas y de los hechos sociales, Teoría del Estado, Derecho penal y Derecho mercantil, y IV.—Derecho internacional público y privado».

Dado que son ochenta y dos los trabajos y cualquier omisión sería injusta, baste decir para dar idea de la importancia de estos *Estudios Jurídico-Sociales* que colaboran en ellos Hans Kelsen, Giorgio del Vecchio y Carl Schmitt junto a otros ilustres profesores europeos y americanos.

Por ser el de más directa conexión con la temática de nuestra Revista destacamos aquí el trabajo de José Luis Lacruz Berdejo: *Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente*. Dice Lacruz que ha elegido para colaborar en el homenaje al maestro Legaz una cuestión de tratamiento eminentemente dogmático, relacionada con el problema cuasi-filosófico de los derechos sin sujeto: la de la solución de continuidad en la titularidad de los derechos que se produce por la *vacatio hereditatis* entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la aceptación del llamado.

En nota marginal prueba que en nuestro sistema legislativo la herencia se adquiere por la aceptación. Se refiere a la tesis de la retroactividad

de la aceptación de la herencia, a la de quienes sostienen que el hiato entre delación y aceptación lo salvan las disposiciones que regulan la adquisición de la herencia por parte del Estado a falta de otros herederos, y a la más antigua de la personificación de la *hereditas iacens*. Expone la solución propuesta por Natoli, para quien la sucesión *mortis causa* del heredero no supone un simple cambio en la titularidad de las posiciones jurídicas del causante, sino algo distinto y más complejo. Extinguido el sujeto desaparece la situación de interés que el ordenamiento jurídico le atribuye, y la consiguiente relación de legitimación para actuar respecto del objeto, en una palabra, desaparece el derecho subjetivo. Pero puede quedar el objeto y permanece la existencia histórica y la relevancia jurídica del hecho que ha dado vida a dicha situación. Cuando el heredero acepta la herencia, esos elementos supervivientes crean en él una situación de interés que da vida otra vez al derecho subjetivo, provisto ahora de nuevo sujeto. Así se presenta la sucesión como un fenómeno de reflexión de la relevancia de los hechos productivos de determinadas posiciones de un sujeto sobre otro sujeto, determinante de otras tantas posiciones análogas de este último. Con claridad y concisión denuncia el profesor Lacruz el carácter artificioso e ilógico de esta construcción.

En vista de la inadmisibilidad de las tesis anteriores y de la insuficiencia de las que consideran la herencia como patrimonio destinado a un fin o patrimonio autónomo, estima Lacruz que la solución debe venir dada no tanto por abstracciones conceptuales como por el análisis de la regulación legal. Por esta vía llega a la conclusión siguiente: «El ordenamiento jurídico puede permitir temporalmente la existencia de derechos en atención a una *spes subiecti*, que no es una simple esperanza, sino la seguridad de la existencia de un titular futuro, a quien se imputarán todas las vicisitudes sufridas por el derecho desde que se desprendió del titular pretérito. Se trata de una permisión en el caso, previsto por la ley —la voluntad particular no podría construir otros—, de la sucesión hereditaria, en la cual siempre hay un sujeto preparado para adquirir, y a quien, además, compete ya un derecho a adquirir. Así que ni siquiera puede decirse que falte una cierta vinculación entre las cosas, derechos y deudas hereditarios y el sujeto llamado a la herencia, durante la *vacatio*: una vinculación mediata, consistente en el derecho que tiene el heredero a hacer propios los bienes hereditarios. No pueden llamarse éstos, pues, sin más, derechos o bienes sin sujeto, como ocurriría si se tratase de *res nullius*, sino derechos —y deudas— con titular indeterminado, pero ya existente (cfr. art. 758 C. c.), y cuyo interés se protege desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, mediante la administración de la herencia, y se protegerá luego mediante la ficción de retroactividad, instrumentos ambos que tutelan asimismo las finalidades que la ley trata de conseguir al exigir la continuidad del sujeto en los derechos subjetivos, en beneficio de los terceros y del tráfico».

GARCIA DE HARO Y GOYTISOLO, Ramón: «El salario como crédito privilegiado». Publicaciones del Estudio General de Navarra, XXIV. Pamplona 1960; 372 págs.

La teoría general del Derecho —dice García de Haro en las páginas iniciales de este libro— no constituye una prerrogativa de ninguna de las disciplinas jurídicas, sino quehacer colectivamente encomendado a todas ellas, de tal manera que hoy el Derecho del Trabajo está en situación óptima para aportar a la teoría general un impulso de importancia. Estas palabras son, a nuestro juicio, la más decisiva y clara explicación del cariz y del tono de este libro y, acaso también, del propósito que ha presidido su elaboración. No nos encontramos, pues, ante un trabajo estrictamente monográfico, sino ante un ensayo ambiciosamente concebido. Tomando como punto de partida un tema concreto —el que da título a la obra—, el autor asciende hasta los problemas generales del Derecho civil y la Teoría General del Derecho que, sin duda, le preocupan hondamente (relación jurídica y derecho subjetivo; negocio jurídico y relación negocial; relación obligatoria y relación real; eficacia frente a terceros de las relaciones jurídicas; constatación de relaciones jurídicas y concurrencia o colisión de situaciones), para poder, de esta manera, asentar firmemente su estudio y obtener un concepto del privilegio que le permita construir el cuadro de los «privilegios salariales» dentro de las medidas de protección del salario y de la relación jurídica laboral.

El autor comienza exponiendo el estado actual de la doctrina en torno al concepto del privilegio (teorías unitarias, pluralistas y procesalistas: opiniones de Barassi, Messineo, Jossierand, Carnelutti, Gullón) para sacar la conclusión de que entre los civilistas el concepto de privilegio posee un tono de conflicto y de falta de acuerdo, que hace muy difícil poder sentar una doctrina clara y armónica. En cambio, en los autores dedicados al estudio del Derecho del Trabajo el problema se presenta, por de pronto, pacífico y, además, ofrece un encuadre nuevo que puede resultar sugestivo para la teoría general del Derecho. El privilegio se contempla dentro del esquema general de las medidas de protección del salario, trasladando el problema del campo del derecho subjetivo al de la relación jurídica en su totalidad.

Este último punto me parece también una de las claves del repertorio de preocupaciones del autor. Es necesario superar el punto de vista tradicional e individualista que sólo contempla derechos subjetivos y tomar la relación jurídica—relación obligatoria o relación jurídico real—en su totalidad, matizada por su especial función económica o social.

Dos son los prejuicios de la doctrina tradicional que han oscurecido la explicación del privilegio y de los créditos privilegiados: uno, que los derechos de crédito no producen nunca eficacia frente a terceros; otro, que en la colisión de un derecho de crédito con un derecho real debe prevalecer siempre este último. Por estos prejuicios la construcción del crédito privilegiado—eficaz frente a terceros y destinado a prevalecer en toda colisión—se ha buscado en su calificación como derecho real.

García de Haro dedica una gran parte del libro a deshacer este equívoco

y a sentar que los derechos de crédito pueden ser eficaces frente a terceros y que la ley no concede nunca la prioridad de un derecho en conflicto sobre otro por el mero hecho de su naturaleza real, sino en atención a la función o causa de la relación en que está inserto.

El problema de la eficacia frente a terceros hay que plantearlo desde la relación jurídica y no desde el derecho subjetivo. El autor ensaya, por esto, unas «bases para una teoría general de la eficacia frente a terceros de las relaciones jurídicas». La premisa clara es—dice—la eficacia general de toda situación jurídica: en principio, toda situación jurídica es eficaz frente a los terceros. Sólo en determinados casos las relaciones jurídicas quedan ineficaces frente a terceros: cuando existe un defecto de constatación o de publicidad de la relación jurídica y cuando esa relación jurídica entra en concurrencia o colisión con otra. Por ello, el objeto de una teoría general de la eficacia frente a terceros de las relaciones jurídicas se compone de dos partes: una teoría general de la constatación y una teoría general de la colisión de situaciones. Ambas son ampliamente estudiadas. La primera lleva al autor a estudiar los medios de publicidad de las situaciones jurídicas, con particular referencia a la inscripción registral de los derechos reales, su valor y su alcance, y los medios de prueba eficaces frente a terceros.

Se encara después el problema de la concurrencia o colisión de situaciones: una relación obligatoria o real válidamente creada y, por tanto, eficaz frente a terceros, puede, en el momento de nacer o en un momento posterior, resultar incompatible con otra relación igualmente válida. Como principios de solución de la concurrencia se señalan: los privilegios o prelación acordados en virtud de la causa de la relación—causa entendida en el sentido ya reseñado como función económico-social—; la seguridad del tráfico a través de la preferencia de la situación constatada—legitimación de la apariencia, en particular a través de la inscripción y de la posesión—; el criterio de la prioridad temporal, y, por último, la ineficacia parcial de las dos relaciones (prorrato).

Con apoyo en estas ideas se explica el concepto de privilegio, que debe encuadrarse dentro de las medidas de protección a una relación jurídica.

En un sentido amplio existe un privilegio siempre que la ley, en atención a la causa de una relación jurídica (es decir, a la especial importancia de su función económico-social), haya decretado que, en caso de concurrir con otras situaciones a ella contradictorias, prevalezca dicha relación. En sentido estricto, por privilegio se entiende aquella prelación que la ley, caso de existir varios derechos de crédito, o bien varios derechos reales de garantía o mezcla de unos y otros, entre sí incompatibles por recaer sobre una misma cosa, acuerda la prioridad o preferencia de alguno de ellos, por virtud de la causa de la relación a que pertenece. De esto se deduce que: a) se trata de una prelación decretada en virtud de la causa de la relación, por lo cual nada impide que se acuerde igualmente en favor de relaciones reales que de créditos; b) es una cualidad de la relación y, por lo tanto, no una relación real como han dicho algunos; c) es una cualidad de la relación que se pone de relieve en caso de colisión concreta con otras relaciones que pretendan ser eficaces sobre el mismo bien.

No hay, por ello, que preocuparse de si el privilegio es un derecho real o

o un derecho de crédito, porque no es un derecho con contenido propio, sino un principio de prelación del derecho o relación de que se trate, cuyo efecto no es más que hacer valer un derecho pese a existir otro que lo contradiga.

Con todo este bagaje se pasa en la segunda parte del libro a examinar el problema de la protección del salario y de la relación jurídica laboral (inembargabilidad; irrenunciabilidad; transmisibilidad, etc.), dentro del cual debe encasillarse el salario como crédito privilegiado; a analizar después la adecuación de los privilegios salariales con el régimen hipotecario español, haciendo una crítica muy atinada del concepto de «hipoteca laboral», y a estudiar la cuestión de las indemnizaciones laborales (por suspensión del trabajo, despido, crisis, etc.) en relación con los privilegios, es decir, si son o no créditos privilegiados, que debe, a su juicio, resolverse en sentido afirmativo.

En el último capítulo se eximan los distintos privilegios salariales, con un detenido análisis del artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo; la armonización de los privilegios salariales con las leyes hipotecarias especiales—Ley de Hipoteca Mobiliaria y Ley de Hipoteca Naval— para terminar estudiando los problemas procesales que se plantean en la aplicación del artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo y la protección al acreedor hipotecario pospuesto a un crédito laboral.

He procurado en esta apretada reseña dar una idea del elenco de cuestiones que el autor aborda a lo largo de esta extensa obra y de hacer hincapié en aquellos puntos que, a mi juicio, son reveladores de su posición, de su pensamiento, de sus preocupaciones y de su manera de trabajar. Escrita en un lenguaje claro y preciso—cualidad ésta siempre estimable—, aborda esta obra decididamente los problemas—el cúmulo de problemas—que al paso van saliendo y aporta siempre una solución.

García de Haro nos ha dado, como él quería, junto con su obra ciertamente original, una serie de perspectivas y de puntos de vista y de reflexión para enfocar, al mismo tiempo, toda una serie de antiguos problemas del Derecho civil y de nuevos problemas del Derecho del Trabajo.

LUIS DÍEZ-PICAZO

GOMEZ ARBOLEYA, Enrique y DEL CAMPO URBANO, Salustiano: «Para una Sociología de la familia española», Ediciones del Congreso de la Familia Española, Cuaderno de Investigación, número 1, Madrid 1959; 93 páginas.

Nadie duda hoy de la eficacia de una colaboración inteligente entre juristas y sociólogos. En los Propósitos expresados en el primer fascículo de este ANUARIO, se decía: «Hay que levantar la carta sociológica de la nación y aventurar, con todos los inevitables riesgos, pronósticos sobre el futuro de la sociedad». Quizá sea el Derecho de familia una de las zonas del Derecho civil en donde aquella colaboración se revela más fructífera. Pero hasta ahora, los estudios de conjunto sobre la familia española desde un punto de vista sociológico eran prácticamente inexistentes. Por ello

debe ser bien acogida por los juristas la publicación de una serie de monografías sobre el tema, que ha iniciado la Comisión Permanente del Congreso de la Familia Española.

El presente estudio se ha realizado con los métodos más depurados y exigentes de la Sociología moderna. Los datos que le han servido de base proceden de tres fuentes: 1.º De una investigación realizada, siguiendo el método de monografías de Wurzbacher, por estudiantes de Sociología de Madrid, con arreglo a un plan idéntico para todos, y que dió por resultados la elaboración de 155 monografías; 2.º De una investigación efectuada entre los alumnos de la Facultad de Ciencias Políticas de Madrid, con arreglo a un cuestionario centrado en la concepción tradicional de la familia de clase media española, 3.º De documentos estadísticos etnológicos o sociológicos sobre la familia.

Los autores han llegado a las siguientes conclusiones: La Familia, con mayúscula, no está en crisis; lo que está en cuestión son «formas» de realizarse los fines de la familia en el tiempo y espacio. Predominio, frente al grupo extenso de parientes, de la familia más íntima (familia nuclear). Ello no quiere decir que se reduzca necesariamente de tamaño, porque en la familia nuclear cabe la «familia numerosa». La familia está perdiendo funciones objetivas, económicas y sociales, limitándose a ser una comunidad de vida, generadora de vida, que forma íntimamente y sostiene a sus participantes en el complicado mundo actual. Hay un proceso de individualización y libertad de sus componentes; el proceso de participación de la mujer española en la cultura y en las faenas económicas no puede detenerse. Finalmente, los autores rechazan en absoluto la idea de una crisis de la familia española, y más bien creen en su revitalización.

Los autores han manejado preferentemente bibliografía inglesa y alemana. Quizá hubiera ofrecido interés comparar los resultados de este trabajo con los obtenidos en la obra colectiva *Sociologie comparée de la famille contemporaine* (París, 1955), y completar las referencias al volumen que contiene las ponencias presentadas a la Semana Social de Francia de 1957 con el libro *Renouveau des idées sur la famille*. De cualquier forma, estas observaciones laterales no disminuyen la extraordinaria utilidad del presente estudio para todos los cultivadores del Derecho español de familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

HIJAS PALACIOS, José: «La Justicia y los Jueces en la Sagrada Escritura»,
Ministerio de Justicia-Sección de Publicaciones; 228 págs. Madrid, 1960.

Conocí al autor de este libro cuando él desempeñaba uno de los Juzgados de la ciudad de los Cármenes e iniciaba yo mi vida profesional. Recordaré siempre su afectuosa y cordial acogida para el principiante, y el calor con que me hablaba ilusionadamente de su obra en preparación. Hoy aquel su acariciado proyecto se ha hecho realidad, y aparece pulcramente editado por el Ministerio de Justicia.

No se trata aquí de una especulación académica sobre la idea de justi-

cia en el Antiguo y Nuevo Testamento; tampoco de una Tesis Doctoral trabajosamente elaborada acumulando citas para obtener, acaso, un resultado insignificante o desproporcionado con el esfuerzo realizado. Es un libro escrito con mente y corazón. Después de haber bebido directamente en las fuentes sagradas, el autor ha hecho suya su doctrina a través de una profunda reflexión y meditación personales, ofreciendo el fruto de las mismas en un lenguaje sencillo y directo; los textos bíblicos aparecen insertos en el relato con toda naturalidad, sin forzamientos, y se extraen de ellos las oportunas lecciones aplicables al aquí y al ahora, al cotidiano trabajo de quienes en su mano tienen la difícil misión de administrar justicia.

Sencilla es la división de la materia. Luego de exponerse la finalidad del trabajo y el concepto de la justicia, se ocupa el autor de la Justicia de Dios, de la Justicia para los hombres, de los jueces, de la ley como instrumento de la Justicia y del Juicio final, dedicando los dos últimos capítulos al proceso de Jesús y a variaciones sobre pleitos.

Toda clase de plácemes merece el autor por haber acometido la lectura, nada fácil, del Antiguo Testamento. Creemos, además, que ha logrado plenamente su objetivo de enseñar a los jueces el camino para santificarse en el cumplimiento, y mediante el cumplimiento, exacto y fiel de sus deberes profesionales. La obra, en nuestra opinión, es un completo Código de Deontología Judicial, que, sugerimos, debiera ponerse en manos de todos los Jueces, junto con la credencial, al salir de la Escuela. No elude el autor ninguno de los problemas morales que la práctica diaria ofrece a quienes administran justicia (recomendaciones, regalos, juramento, leyes total o parcialmente injustas), y sus soluciones se caracterizan siempre por la prudencia y moderación. Quizá pudiera discutirse alguna; pero ello, naturalmente, en nada disminuye el mérito subidísimo que encierra la obra, la cual va prologada por el señor Arzobispo de Granada.

Cuando tanta «Teoría general del Derecho», so pretexto de pureza metódica, seca el alma por agnóstica, formalista o normativista, libros como el presente, que nos conducen a los primeros e insuprimibles principios de la Justicia (con mayúscula), son un auténtico regalo para el espíritu.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

IGLESIAS CUBRIA, Manuel. Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Oviedo: «Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia). I. Un volumen de 420 páginas. Oviedo 1961.

Se trata de un interesante libro, claro y trabajado, del profesor Iglesias Cubria, donde nos ofrece, sobre un tema tan atrayente como lo es el de los derechos eventuales, un estudio altamente meritorio.

En realidad es ésta una materia vidriosa en muchos de sus puntos, y no suficientemente tratada, hasta ahora, en España, al menos con la amplitud deseable. Material cuyo solo examen, seguido del planteamiento y reflexión sobre los problemas que ofrece, ya constituye, de por sí, un mérito, e implica

una sólida preparación en quien lo hace, pues, sin ella, no es posible ni siquiera emprender el trabajo.

Sobre la forma de llevar a cabo éste, queremos poner especialmente de relieve la minuciosidad y documentación con que el autor ha procedido, obteniendo, así, una obra densa, llena de meditadas conclusiones y de puntos de vista perfectamente definidos (lo que no siempre es fácil en el sector abordado) y defendidos con argumentos muchas veces no totalmente convincentes; pero, en general, por lo menos, todo lo sólido que la materia (frecuentemente movедiza) permite.

Entrando, concretamente, en la sistemática de la obra, y enumerando en especial los puntos examinados en ella, podemos decir:

El estudio recae sólo sobre aquellas situaciones jurídicas en estado de pendencia, que obedecen a tres tipos de causas: 1) A la falta de algún elemento en el desarrollo del proceso de formación jurídica de una especie negocial. 2) A la inexistencia al presente de algún elemento, que ha de ser esencial a efectos definitivos, de una relación jurídica, que, por lo demás, es completa, y se espera que aquel elemento habrá de producirse en un momento futuro. 3) A la condicionalidad prevista como elemento accesorio de un negocio jurídico, pero incorporada al mismo por voluntad negocial con perspectiva de futuro, y que, respecto a la eficacia trascendental del negocio, actuará siempre retroactivamente.

Distribuyéndose la materia con arreglo al plan siguiente: Después de una Introducción (I) donde se estudia en general la expectativa, se analizan (II) los elementos integrantes de la misma y su naturaleza jurídica (III), con detallada exposición de teorías sobre ella. Pasándose, después, a examinar las obligaciones (IV) y los derechos eventuales (V), y dedicando un capítulo (VI) a los antecedentes y tipos de situaciones jurídicas de pendencia en el Derecho romanc. Para, por último, tratar, en general, las fuentes de los derechos eventuales (VII) y, en particular, del precontrato (VIII) como tal fuente, y de las figuras constitutivas de las mismas en el Derecho de cosas (IX) y en el de personas y familia (X). El capítulo penúltimo (XI) se dedica a los derechos eventuales del donatario, y el último (XII), a enumerar los supuestos de derechos eventuales en el campo sucesorio, supuesto cuyo estudio no se realiza por reservarlo para ser desarrollado en otro volumen que constituirá continuación del que hoy reseñamos.

Para concluir, sólo decir que, independientemente de que se puedan tener puntos de vista discrepantes de los del autor, no cabe, en conjunto, sino felicitar al profesor Iglesias por el libro tan conseguido que nos ofrece.

MANUEL ALBALADEJO

«La Théologie chrétienne et le droit», *Archives de Philosophie du droit*. número 5, Sirey, Paris 1960; 249 págs.

Prosiguen los *Archives de Philosophie du Droit* la norma, habitual en ellos, de dedicar principalmente cada número a un tema monográfico. En el presente se recogen algunas de las ponencias presentadas al reciente Coloquio de Estrasburgo sobre el mismo tema.

Las relaciones entre Cristianismo y Derecho han sido objeto de polémica en Italia, la cual fué iniciada por Leoni en un artículo publicado en la *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, en 1949, y fundamentalmente mantenida por Carnelutti y Fassó en diversos artículos, con opiniones, no sólo divergentes, sino inconciliables. En el Coloquio de Estrasburgo (24-25 noviembre 1959) se ha planteado la siguiente cuestión: ¿Puede ser fuente de Derecho la Sagrada Escritura? ¿Es posible extraer de ella un cierto contenido de derecho?, ¿o, al menos, una concepción, una filosofía del Derecho? ¿Qué relaciones pueden concebirse entre la vida cristiana y el arte y el mundo de los juristas? Preguntas en torno a una idea fundamental que envuelven, ciertamente, el máximo interés. Sobre el resultado del Coloquio ha informado Fassó en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pág. 177-183.

Al Coloquio han asistido teólogos y juristas católicos y protestantes, y las discusiones se han mantenido, al parecer, en un ambiente de tolerancia y comprensión.

El presente número recoge la ponencia de un profesor norteamericano y de dos profesores franceses, todos ellos protestantes. Stumpf, de la Universidad Vanderbilt, se ocupa de la contribución de la teología a la definición e interpretación del Derecho. Ellul, profesor en Burdeos, da a su ponencia un matiz informativo, muy interesante, sobre las orientaciones norteamericanas acerca de las relaciones entre Cristianismo y Derecho. El profesor Villey, de Estrasburgo, enfrenta un libro francés reciente sobre la doctrina social de la Iglesia, con la obra de Fassó *Cristianesimo e società*, y a ambos con la doctrina de Santo Tomás.

Ya se comprende que el tema es lo suficientemente profundo y delicado para intentar resolverlo en los estrechos límites de una simple recensión; y mucho menos con ayuda de una perspectiva protestante, como la que nos ofrecen estos autores. Su lectura, sin embargo, como medio de contrastar opiniones, no deja de ofrecer interés.

El volumen de los *Archives* —de los que siguen estando ausentes las obras y autores españoles— se completa con tres estudios, de Roubier (muy interesante, sobre las prerrogativas jurídicas), Baxter y Maspétiol (que se ocupa del Estado y el Derecho en Spinoza). Se cierra con la sección de crónicas, notas e información en materia de filosofía jurídica.

Nos congratulamos de la continuidad y calidad con que últimamente aparece esta revista francesa.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LEHMANN, Heinrich: «Deutsches Familienrecht», dritte Auflage, Berlin 1960; 305 págs.

El profesor Lehmann publicó en 1925 la primera edición de su acreditado «Derecho de familia alemán»; la segunda apareció —caído el régimen nazi— en 1947, y sobre ella se hizo la traducción española de la Editorial de la Revista de Derecho privado. Pero desde esta última fecha —advierde

el autor en el prólogo a la presente edición— ninguna parte del B. G. B. ha ha sufrido una intervención tan profunda del legislador como el Derecho de familia. Por estas razones se publica la presente edición, en la cual se ha intentado presentar, más bien que el escueto contenido de la ley, la fuerza impulsiva y las ideas fundamentales de la reciente reforma alemana.

Se conserva la arquitectura fundamental de la obra, pero, lógicamente, hay apartados profundamente reformados. Así, el que trata de los efectos en general del matrimonio (especialmente al estudiar la posición jurídica de la mujer casada), y, sobre todo, el título IV relativo a los efectos jurídico-patrimoniales del matrimonio (es nuevo el capítulo referente a «Die Zugewinngemeinschaft»). Otras modificaciones de importancia se refieren a la filiación (hay un apartado relativo a la participación de la madre en la patria potestad, según el principio de equiparación). Debe señalarse, por último, la inclusión de unas selecciones bibliográficas remozadas que sirven de orientación al lector en la masa enorme de publicaciones de todas clases relativas al Derecho de familia aparecidas en Alemania durante los últimos años, y sobre las cuales informó Melón Infante en este mismo ANUARIO.

Quizá fuera conveniente pensar en una nueva versión castellana de este excelente Manual.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: «El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo», Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960; 199 págs.

Sabido es que, salvo contadas excepciones, la doctrina civilista apenas si ha prestado atención al problema de delimitación de su asignatura frente a otras ramas del ordenamiento jurídico. Han sido los mercantilistas, los cultivadores del Derecho del trabajo, los procesalistas o los administrativistas, los que, por obvias razones de autojustificación, se han ocupado de señalar sus confines frente al Derecho civil. El presente trabajo del joven catedrático de la Facultad santiaguesa no representa una excepción, si bien sus tesis merecen ser reexaminadas por el civilista.

El libro contiene dos trabajos distintos, y en cierto modo independientes, pero cuya publicación conjunta explica el autor por razones personales. El primero (pág. 17-100) da título a la obra, y el segundo se refiere a «La institución contractual en el Derecho administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes» (pág. 101-188).

En los aspectos que interesan al iusprivatista, la idea rectora que preside a ambos estudios pudiera sintetizarse así: Se reconoce la procedencia histórica del Derecho civil. El Derecho administrativo fué, y es todavía, un derecho secundario, un derecho, en cierto modo, «hijo» del ordenamiento privado. Se ha producido, de forma lenta y progresiva, un préstamo de instituciones. Pero en el momento presente el Derecho privado no mono-

poliza, ni puede monopolizar en su esencia la posesión de todas las instituciones y figuras jurídicas que caen dentro de su campo. O sea, que la propiedad, los contratos, la responsabilidad, el derecho subjetivo, las servidumbres, no son ya figuras exclusivas del Derecho privado o del Derecho público; son sencillamente figuras jurídicas pertenecientes a la Teoría general del Derecho. Más que de un préstamo —diríamos nosotros—, estamos en presencia de un contrato de obra con suministro de materiales; las instituciones que el Derecho administrativo tomó del civil, las devuelve transformadas en su naturaleza.

Las posturas del autor no es aislada, y aparece compartida por otros administrativistas. Nosotros, sin embargo, no podemos aceptarla, aunque hay que agradecer a Martín-Retortillo haber suscitado el tema, pues ello nos obliga a los civilistas a repensar nuestras instituciones.

Para justificar una noción de propiedad, responsabilidad, servidumbre, etcétera, diversa de la proporcionada por el Derecho civil, el autor acude a los *Oberbegriff* o supraconceptos; pero tales «supraconceptos» nos parecen una construcción inútil, «una abstracción de abstracciones» como el propio autor confiesa (pág. 82). La noción misma de contrato administrativo ha sido objeto recientemente de profunda revisión, poniéndose de relieve su relatividad, y cómo son de naturaleza iusprivatista los conceptos de capacidad, objeto, causa, vicios de consentimiento, nulidad, interpretación, cumplimiento, extinción, etc. (Cfr. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París 1960, páginas 502 ss.). Por último, la interpretación que, de cara a nuestro Derecho positivo, ofrece el autor del artículo 3.º de la vigente Ley de lo contencioso-administrativo, no es la única que cabe.

En resumen: un libro incitante que, esperamos, no ha de dejar de suscitar discrepancias.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

SECO CARO: «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo». (Estudio sobre el art. 831 del Código civil español). Barcelona 1960. Editorial Bosch. Un volumen de 231 páginas.

Esta monografía, producto de una tesis doctoral que mereció los máximos galardones es un estudio muy completo de la problemática legal que plantea el artículo 831 de nuestro Código civil. Como el mismo autor nos describe al comienzo de su obra, el sistema que sigue es el común, o sea, el histórico-dogmático y expone: un análisis del artículo remontándose a los antecedentes más lejanos del mismo; el examen de la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia a la interpretación del precepto; consideración sistemática de la disposición del mismo estudiando su valor y significado dentro del Derecho positivo; investigación del sentido teleológico que deba y pueda darse al artículo; estudio de los requisitos con que la institución se perfila en el Código, y de los problemas que su relación con los demás plantea. Se pone especial empeño en el planteamiento y solución del problema de

la calificación o naturaleza jurídica que tanto valor tiene para la ciencia del Derecho. Por último, se proponen unas conclusiones entre las que se destaca el proyecto de reforma del artículo 831.

Toda esta temática y problemática se distribuye en seis capítulos. El primero contiene los «antecedentes remotos del artículo 831 del Código civil español», en donde se hace unas notas previas sobre la organización social y económica y las modalidades de regulación jurídica. El capítulo segundo está dedicado al «origen del artículo 831 del Código civil; precedentes inmediatos» a partir de los primeros proyectos del Código civil en el siglo XIX, especialmente el Proyecto de 1851. El capítulo tercero trata el «significado del artículo 831 del Código civil dentro del sistema del Derecho positivo español» y se particulariza la posición de la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las opiniones del autor en torno al significado del artículo 831. Seco Caro cree que no debe ser considerado como una disposición anómala y extraña que el jurista casi tenga que rehuir, sino como el artículo del Código que establece un mandato dentro del sistema general; ni el hecho de su origen —afirma— ni de su carácter permiten suprimir el estudio de su configuración sistemática. A su juicio, se trata de una institución sucesoria, puesto que lo que se delega por pacto en capitulaciones matrimoniales al viudo o viuda es distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado; o sea, la posibilidad de distribuir los bienes de la herencia que se defiere sin testamento. Situarlo entre los contratos (porque el poder se otorga por un convenio) o encerrarlo en el derecho de familia (basándose en que el pacto se hace en capitulaciones patrimoniales), le parece que es acudir a datos secundarios para calificar el precepto.

El capítulo cuarto contiene los «presupuestos o requisitos señalados en el artículo especialmente el pacto en capitulaciones matrimoniales, la muerte del causante sin hacer testamento, supervivencia de varios hijos comunes, viudez de un cónyuge sin contraer nuevas nupcias y prudente arbitrio y respecto a los actos de disposición del causante. El capítulo quinto trata de la naturaleza de la institución en cuanto pacto sucesorio y el poder que se delega al cónyuge viudo.

Por último, el autor realiza unas conclusiones desde el punto de vista de política jurídica, en relación con el problema de las legislaciones forales; en el campo del derecho constituido, en cuanto precepto dentro del actual sistema jurídico positivo; y, desde su consideración de *lege ferenda*, proponiendo una nueva y más clara redacción del texto del artículo 831.

Una bibliografía de las obras españolas manejadas cierra como colofón el estudio de este artículo del Código civil y de una institución de de gran interés, los cuales cuentan desde ahora con un profundo y detallado análisis.

SOTO NIETO: «Excepciones a la prórroga en el contrato de arrendamiento urbano». Alcoy, 1960. Editorial Marfil. Un volumen de 683 págs.

Un sentimiento más profundo y arraigado de la justicia distributiva se ha adueñado de la mente de los juristas contemporáneos y, en general, de los rectores de la sociedad de nuestro tiempo, esta conquista social supone uno de los progresos más definitivos en el desarrollo de la Humanidad zarandeada por tantos avatares; pero, paralelamente a las conquistas logradas en las ciencias naturales se logran otras en los dominios de las ciencias del espíritu.

Los derechos subjetivos, según la concepción actual, ya no son señoríos o torres aisladas de dominio y combate; representan una titularidad jurídica conformada con la función social que representan y quedan inmersos dentro de una convivencia o interdependencia de la comunidad de vida para la que nacen. El derecho subjetivo por excelencia—el derecho de propiedad—ha dejado de ser un poder omnímodo, absoluto y exclusivo para resultar un poder conformado, relativo y entrelazante. De este modo, el triunfo del amor al prójimo se realiza frente a la indiferencia egoísta y a la falta de solidaridad humana.

Una expresión concreta y particularizada del derecho de propiedad es la modalidad de la cesión, disfrute, uso y posesión de las cosas inmuebles por la cual otra persona, distinta del propietario, puede tomarlas en arrendamiento; el reconocimiento del dominio de la cosa y de su utilidad económica viene expresada en el precio o renta. Cuando de una vivienda se trata, el inquilinato es la forma de expresión más apta.

La diferencia que existe entre el antiguo régimen y el actual es que el objeto del inquilinato no es ya solamente un bien comercial o de explotación económica, sino que tiene un aspecto o finalidad más personal. Aun permaneciendo el primer aspecto, queda supeditado o conformado por el segundo. Sus razones son múltiples: económicas, sociales y políticas. Su fundamento último es el logro de la justicia distributiva social. De este modo, el Derecho legislado interviene con una serie de normas y preceptos que habrán de poner los límites, de señalar las fronteras en que quedan enmarcadas las obligaciones y deberes que esta institución representa: exigencias y obligaciones para los propietarios, derechos y deberes para los inquilinos.

La obra de que hoy damos cuenta trata de uno de estos deberes que tiene el inquilino y de los derechos que tiene el propietario, modelados por la Ley: Las excepciones a la prórroga legal en el contrato arrendaticio urbano.

El Derecho positivo no podía haber abandonado a los arrendatarios de viviendas al simple juego de la oferta y de la demanda de los locales de habitación, dada su escasez e insuficiencia; ello hubiera originado una especulación más grave de la que en realidad no se pudo evitar.

Tenía que amparar a quien económicamente representaba, si no mayoría, sí, en general, la parte más débil. Uno de los aspectos de esta protección fué el sancionar e imponer una permanencia en la vivienda, no conforme a la voluntad del pretensor o propietario, sino a la libre y beneplá-

cita voluntad del arrendatario; su instrumento técnico fué la imposición de la prórroga legal, mediante la cual el arrendatario no vería concluida su relación arrendaticia por el simple juego de un plazo impuesto o imprerisiblemente pactado.

No obstante, concebidas así las cosas, de un modo absoluto, no quedaría cumplida la justicia distributiva cuando por causas y razones justificadas, el propietario necesitase su vivienda para sus propios fines. Ante el conflicto de intereses de ambas partes, en determinadas circunstancias y reuniéndose concretos requisitos, la Ley no podía permanecer al margen, sino que acude a estos especiales supuestos permitiendo, siempre con las debidas garantías, que la casa revierta al arrendador necesitado, en tanto que haya transcurrido el plazo originariamente pactado y esté discurrendo el periodo indefinido de prórroga que el legislador impone.

Soto Nieto ha sintetizado el supuesto legal y nos ofrece en su obra las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto. El capítulo I, después de unas consideraciones generales, trata, en el epígrafe segundo, de los «arrendadores de viviendas afectadas por la limitación establecida en la Ley de 24 de abril de 1958; en el tercero, del «tiempo hábil para excepcionar a la prórroga por causa de necesidad; en el cuarto, de la necesidad que ha de servir de fundamento a la excepción a la prórroga; en el quinto, de los «sujetos en la excepción a la prórroga por necesidad», y en sexto, del «objeto de la excepción a la prórroga».

El capítulo II se dedica a la excepción a la prórroga legal arrendaticia, por causa de necesidad en las viviendas; en el III, con el mismo contenido referido a locales de negocio; el IV contempla el supuesto de que sea persona jurídica el arrendador o el arrendatario; el V, a la denegación de prórroga por propósito de derribo y reedificación; el VI, a la falta de uso; el VII, por tenencia de dos o más viviendas, y por último, el capítulo VIII se refiere a la excepción a la prórroga por disponibilidad del inquilino de vivienda propia.

La obra está perfectamente cuidada en lo que respecta a índices, al ofrecer los siguientes: cronológico de jurisprudencia, de autores citados, de materias y de artículos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, por último, un índice sistemático, con lo que facilita la búsqueda del dato o extremo de interés.

J. H. C.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y
Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús: *Doctrina deontologica pontificia*. RCDI, año XXXV, núms. 378-379; págs. 742-752.

Significado y misión de los juristas en el pensamiento de Pío XII, a través de los cinco discursos en que se enfrenta, sobre todo, con el aspecto de la función.

ARUMI DELGAR, Juan: *La Ley injusta no es Ley*. RJC, año LIX, núm. 3, marzo-junio 1960; págs. 359-361.

Fundamentación de la afirmación contenida en el epígrafe, con breves pasajes de doctrina pontificia.

BENEYTO, Juan: *Sociedad, vida y convivencia*. RGLJ, tomo 208, núm. 6; junio 1960; págs. 755-766.

La vida en Sociedad, a la que el ser humano no puede sustraerse, está gobernada por unos usos, hasta el punto de considerarse dicha sociedad como un repertorio de usos, que, frente al carácter imperativo de la norma, tienen un carácter exhortativo. La realidad social, con su variada estructura e influencias diversas, presenta una dinámica que se adecúa a las distintas fases históricas en que tiene que desenvolverse.

CASTAN, José: *Crisis mundial y crisis del Derecho*. RGLJ, tomo 209, núm. 4, octubre 1960; págs. 363-402; núm. 5, noviembre 1960; págs. 523-595.

El tema de la crisis actual es un mar sin orillas. A pesar de ello se intenta trazar un esquema de los aspectos generales que ofrece la crisis del Derecho, desarticulada en los diversos elementos que integran la realidad jurídica, en su sentido de efecto de la crisis general por que atraviesa el mundo contemporáneo. El autor desarrolla este esquema: el tema de la crisis, la crisis del mundo contemporáneo, la crisis del Estado y la crisis del Derecho. Concluye el autor que ante la tan proclamada crisis del Derecho hay que oponer la fe en el Dere-

cho, ya que éste y la justicia son indispensables a la sociedad: el Derecho puede ser el medio para remediar la crisis del mundo.

COMPILACIÓN: *Anteproyecto de de Derecho Civil Foral de Navarra.* RCDI, año XXXV, núms. 378-379, noviembre-diciembre 1959; páginas 760-797.

Texto íntegro, sin comentarios ni explicaciones, del Anteproyecto de Compilación de Derecho Civil navarro, publicado en 1944 por la Diputación Foral. Consta de 156 artículos más las disposiciones transitorias (cinco) y las adicionales (dos).

COMPILACION: *Texto íntegro de la de Derecho civil Especial de Cataluña.* RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 431-524.

Texto íntegro, incluyendo la Exposición de motivos, de la Ley de 21 de julio de 1960 que aprueba la Compilación de Derecho civil catalán.

ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO: *Ideas políticas y jurídicas de San Isidoro de Sevilla.* RGLJ, tomo 209, núm. 3, septiembre 1960; págs. 225-258.

Consideraciones en torno a las concepciones políticas, filosóficas y jurídicas de San Isidoro. El norte de su obra fué sujetar el doble paganismo de los germanos y de los romanos al yugo regenerador del bautismo cristiano, salvando para las sociedades nacientes el tesoro del saber clásico. Trazó el puente de unión de la sabiduría antigua para los siglos medios.

FAUS, Ramón: *La Compilación y el Notariado.* RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 427-430.

Fundamental y decisiva labor del Notariado en la conservación del Derecho catalán, petrificado por los Decretos de Nueva Planta. Significado de su labor en pro del Derecho catalán y en la elaboración de la Compilación.

FONT RIUS, JOSE MARIA: *Las fuentes históricas de la Compilación.* RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 399-406.

Notas expositivas del proceso histórico seguido por el Derecho civil catalán en la ordenación formal de las fuentes o textos integrantes de su sistema hasta entroncar con las modernas etapas codificadoras que han cristalizado en la Compilación recientemente aprobada: gestación del Derecho catalán, ordenación del sistema de fuentes, modificaciones unificadoras en los siglos XVIII y XIX.

IGLESIAS, Juan: *Visión española del Derecho*. RDP, enero 1960; págs. 3-21.

Después de unas consideraciones sobre la esencia fundamentalmente humana del Derecho y sobre la misión de algunos de sus servidores (jueces y maestros), aduciendo textos de la doctrina jurídica española, el autor destaca la importancia de la consideración del elemento "hombre" en el mundo del Derecho. Es preciso que los juristas no conviertan a éste en "una aérea arquitectura de conceptos abstractos", "en una fuga hacia todas las aventuras del intelecto y del lenguaje".

IRURMENDI, Antonio: *Discurso pronunciado en las Cortes españolas el día 20 de julio de 1960*. RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 390-397.

Discurso del autor, en concepto de Ministro de Justicia, al someter a las Cortes la aprobación de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. Vid. PORCIELES.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Algunos aspectos de la problemática jurídica en el siglo XVI*. RCDI, año XXXVI, núms. 380-381, enero-febrero 1960; páginas 76-95.

Se hace en primer lugar una referencia general a la configuración de la época, para después indicar la posibilidad de utilizar sus perspectivas en los problemas actuales: convivencia pacífica, comunidad internacional y coexistencia.

PASCUAL GONZÁLEZ, Luis: *El Derecho romano como supletorio del Derecho civil especial de Baleares*. RJC, año LIX, núm. 2, marzo-abril 1960; páginas 151-165.

Es necesaria la subsistencia del Derecho romano en el futuro Derecho balear, en especial en lo que atañe a la sucesión testamentaria. Se critica, pues, el sistema del Anteproyecto de Compilación balear que aplica directamente como supletorio el Código civil. Las deficiencias con que se recoge el Derecho sucesorio, harán necesario acudir continuamente al Derecho supletorio, y no puede ni debe serlo el C. c. que en esta materia tanto se separa de las normas romanas.

PI SUÑER, José María: *La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña como logro romántico de los abogados catalanes*. RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 419-426.

Vicisitudes internas de la elaboración del texto de la Compilación; breve sugerencia de sus aspectos fundamentales en su significación de Derecho "vivido" más que "pensado".

PORCIOLES, José María: *Discurso pronunciado en las Cortes Españolas el día 20 de julio de 1960*. RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; páginas 379-390.

Discurso que el autor pronunció en el lugar y fecha indicados, en concepto de Alcalde de Barcelona, informando a la Cámara acerca del Proyecto de Compilación de Cataluña. Vid. ITURBENDI.

PORCIOLES, José María: *La Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña*. RGLJ, tomo 209, núm. 4, octubre 1960; págs. 403-421.

Indicando brevemente las vicisitudes históricas del Derecho foral Catalán hasta llegar a la Compilación recientemente sancionada, se destaca el espíritu y directrices de ésta en sus aspectos fundamentales, considerándola como un elemento inapreciable para el futuro Código general.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel: *Visión de conjunto del Derecho de América latina*. RGLJ, tomo 208, núm. 1, enero 1960; págs. 7-27.

El autor se pregunta: ¿existe un Derecho latino americano propiamente tal?; ¿qué elemento predomina en él: el latino o el americano? Previo un examen severo de textos y tendencias, se llega a la conclusión de que no existe un sistema perfectamente delimitado de Derecho latino americano. La técnica jurídica es la misma que en los países de "civil law". En el contenido se observa una influencia tanto del "civil law" como del "common law". Existen intentos de superación de todo matiz localista.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel: *Materias fundamentales para la formación del jurista y que deben estudiarse en los primeros años de la carrera*. T. Número 6, 1969; págs. 111-116.

Importancia y significación formativa, en la carrera de Derecho, de los estudios filosóficos, históricos, técnicos y económicos. Estas materias constituyen la base para el ulterior estudio del Derecho positivo.

SIMO SANTOJA, V.: *Problemática conflictual en el Derecho interregional español*. RGLJ, tomo 208, núm. 1, enero 1960; págs. 73-116.

Indicadas las teorías en torno al problema de asimilación o diferenciación del Derecho interregional al internacional privado, se hace referencia a la técnica de éste en su posible aplicación a aquél y a los conflictos que deben desenvolverse en su ámbito. Reglas del Código civil y orientaciones de la jurisprudencia. Crítica y propuestas de mejora del sistema.

TENA MARQUÉS, Ladislao; PI NAVARRO, Manuel: *El sistema conflictual del proyecto de Código civil español de 1851*. T. Núm. 6, 1959; págs. 163-181.

Indicadas las vicisitudes de elaboración del Proyecto, se estudia el Derecho

conflictual contenido en sus artículos 6 al 11. Reproducción de las concordancias de García Goyena. Juicio doctrinal, principios orientadores y comparación con el sistema del Código vigente.

TRIAS DE BES, JOSÉ MARÍA: *Los juriconsultos catalanes del siglo XIX y la Recopilación del Derecho civil de Cataluña*. RJC, año LIX, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 407-417.

Influencia que han ejercido hasta llegar a la Compilación los juristas catalanes del siglo XIX, creadores de la Escuela jurídica catalana: doctrina y formación del Derecho catalán, la Universidad de Cervera y la restablecida de Barcelona, las obras del "ochocientos", los juristas catalanes y el "Apéndice", labor posterior al Código civil. Se alude por último a la enseñanza del Derecho Catalán.

2. Derecho de la persona.

ÁLBALADEJO, MANUEL: *La persona jurídica*. RDN, núm. 28, abril-junio 1960; páginas 7-73.

Se trata de un capítulo del libro del autor "Instituciones del Derecho civil", tomo I. Ideas generales sobre la persona jurídica, clases, nacimiento y elementos, asociaciones, fundaciones, domicilio, nacionalidad; capacidad y responsabilidad; modificación, extinción y destino del patrimonio. Referencia final a las asociaciones y fundaciones sin personalidad.

BELTRÁN FUSTER, LUIS: *El notario ante el canon 1.203*. RDN, año VIII, número 27, enero-marzo 1960; págs. 295-316.

Ante el hecho suscitado por un indio que acudió a una notaría española a testar y dispuso la incineración de su cadáver, negándose el notario a insertar la cláusula en cuestión, el autor entiende que no hay base, ni moral ni jurídica, para que, en casos como el indicado, invoquen los notarios la legislación canónica y pretendan aplicar sus normas a los infieles o a quienes sin serlo están fuera de la Iglesia católica, salvo cuando se trate de preceptos que reflejen el sentir de la ley natural.

CARBONELL ESPIER, JOSÉ: *Cuándo una finca rústica deja de serlo*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 687-692.

Antinomia entre la Ley de arrendamientos rústicos de 1935 y su Reglamento en torno a la calidad de rústicas o no de las fincas que, en virtud de su situación, hayan alcanzado la supervaloración del duplo con respecto a las fincas de su calidad y cultivo. El criterio del destino y dedicación; desenfoque del Reglamento de 1935 y del actual de 1959.

DE LOS MOZOS, José Luis: *El objeto del negocio jurídico*. RDP, mayo 1960; páginas 372-391.

Planteamiento sistemático de la materia relativa al objeto del negocio jurídico, cuestión olvidada por la doctrina dominante limitada a las referencias a que obliga una defectuosa expresión legal. Noción del objeto como realización jurídica del interés práctico o intento práctico de las partes, fundamentación dogmática, objeto y causa, requisitos del objeto: determinabilidad, posibilidad y licitud.

DE LOS MOZOS, José Luis: *Inexistencia del negocio jurídico*. RGLJ, tomo 208, número 4, abril 1960; págs. 463-520.

Nacimiento y evolución de la noción de inexistencia del negocio jurídico en la teoría de las nulidades en Derecho privado. Posibilidad de aplicación de la noción de inexistencia: autonomía de ésta (ceñida al ámbito de falta absoluta de consentimiento y objeto) frente a la nulidad (actos contrarios al orden público, falta de requisitos de validez). La nulidad puede dar lugar a efectos *negociales*; la inexistencia, a lo sumo, a efectos *extranegociales*.

FAIREN, Manuel: *El abuso del Derecho*. RDN, año VII, núm. 24, enero-marzo 1960; págs. 245-292.

Examen histórico, doctrinal y jurisprudencial del abuso del derecho. Historicidad del concepto y carácter sociológico de la teoría. Se trata de un concepto ajeno a la competencia jurídica verdadera: no puede ser un concepto legislativo ni es susceptible de regulación consuetudinaria. Más que cuestión jurídica es un problema social, a matizar y elaborar por la jurisprudencia.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier: *La idea de la explotación en el Derecho civil actual*. RDP, mayo 1960; págs. 351-371.

Delimitación del concepto de "explotación" frente a ideas afines y más o menos similares. La idea de explotación se nos presenta como una realidad jurídica fundada en los nuevos planteamientos de la vida económica, que tiende a erigirse en principio legitimador de titularidades, que en ocasiones deviene ella misma un derecho y que da lugar a situaciones patrimoniales tan especiales como la propiedad mercantil y sirve para centrar el más moderno sistema de responsabilidad civil.

3. Derecho de cosas.

BATLLE, Manuel: *Consideraciones sobre la nueva Ley de propiedad por pisos*. RGLJ, tomo 209, núm. 3, septiembre 1960; págs. 259-269.

Brevemente destaca el autor los puntos principales de la Ley de propiedad

horizontal de 1960 y los criterios que han presidido su redacción: supresión de la preferencia adquisitiva, problemas de división, aspectos de menor interés, régimen administrativo y publicidad registral.

CHINCHILLA RUEDA, Rafael: *El régimen fiscal del usufructo en el nuevo Reglamento del impuesto de derechos reales*. RCDI, año XXXVI, núm. 380-381, enero-febrero 1960; págs. 15-38.

Distintos supuestos de la consideración y valoración fiscal del usufructo en del nuevo Reglamento del impuesto de derechos reales. Se trata de un capítulo de la obra del autor "Nociones de Legislación tributaria".

FUENTES PÉREZ, Antonio: *Coordinación del artículo 464 con los 1.955 y 1.962, todos del Código civil*. RCDI, año XXXVI, núms. 386-387, julio-agosto 1960; págs. 523-539.

A base de no aceptar la orientación germanista, y dando un alcance general al art. 1.962, se niega que el art. 464 sancione una adquisición de no titular. El art. 1.962 señala con carácter general la prescripción de las acciones reales mobiliarias a los seis años, salvo lo dispuesto en el art. 1.955, que, a juicio del autor alcanza a *todo* poseedor de buena fe.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española*. RJC, año LIX, núm. 2, marzo-abril 1960; págs. 218-256.

Aspectos esenciales del contenido del derecho de superficie en el Derecho español: Ley del suelo de 16 de mayo de 1956 y art. 16 del Reglamento Hipotecario reformado en 1959. Concepto, naturaleza, relación con la accesión y contenido de la relación: derechos del superficiario (utilización del suelo, disposición y gravamen del derecho), tanteo y retracto; obligaciones del superficiario.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Nuevo régimen jurídico de la propiedad horizontal*. RDP, noviembre 1960; págs. 859-890.

Estudio de la Ley de 21 de julio de 1960: razón de ser de la nueva regulación, naturaleza de la propiedad horizontal, nacimiento, contenido de la institución, órganos de administración y gestión, Derecho intertemporal.

MOLAS VALVERDE, J.: *Limitaciones improcedentes de la Propiedad intelectual*. RJC, año LVIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1960; págs. 813-824.

Comparando con la Legislación española los Convenios de Berna y la Convención internacional sobre derecho de autor, se critican determinados aspectos

de aquélla en los que resultan injustificadas ciertas limitaciones y perjuicios a los autores españoles: entrada de las obras en el dominio público por falta de inscripción, entrada forzosa de las obras en el dominio público, imprecisiones respecto al dominio privado.

ROTONDI, Mario: *¿Derecho del actor cinematográfico sobre el personaje interpretado?* RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; páginas 663-666.

La especial relación entre el empresario cinematográfico y el actor debe reputarse extinguida al ultimarse el film. Aun cuando el actor, con su trabajo, hubiese realizado una obra creadora, la propiedad de la creación la adquiere el empresario por efecto de la especial naturaleza del objeto del arrendamiento de servicios base de la relación empresario-actor.

4. Obligaciones y contratos.

AMORÓS RICA, Narciso: *Los contratos de suministro y de ejecución de obra desde el punto de vista fiscal.* RGLJ, tomo 208, núm. 6, junio 1960; páginas 781-809.

Previa fijación de los oportunos conceptos de Derecho privado, se examina el aspecto fiscal de los contratos de suministro y de ejecución de obra en relación con el impuesto de derechos reales y el impuesto del timbre. Supuestos diversos.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *Actos de perfección de los conflictos de trabajo.* RDP, marzo 1960, págs. 187-198.

Considera el autor como "perfección" de un conflicto de trabajo todo acto por el que se manifiesta de forma definitiva y eficaz en Derecho el acuerdo de las partes de una relación jurídica de trabajo, individual o colectiva, de hacer nacer una discrepancia sobre el valor, términos o subsistencia de esa relación. Clasificación y especificación conceptual de los "actos de perfección" del conflicto. Consideración de éste como relación jurídica necesitada de reglamentación concreta.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Conflictos de jurisdicción en las resoluciones por crisis.* RDP, abril 1960; págs. 279-288.

El despido de trabajadores, resolviendo sus contratos de trabajo, en los supuestos de "crisis" plantea la cuestión de delimitación de funciones de los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en la materia.

BONET CORREA, JOSÉ: *La revalorización de las rentas vitalicias*, RDN, año VIII, núm. 27, enero-marzo 1960; págs. 235-243.

Hecha una breve referencia de las alteraciones monetarias actuales, se relaciona el problema de la depreciación monetaria en las rentas vitalicias. Bases de la Ley francesa de 25 de marzo de 1949.

BONET CORREA, JOSÉ: *La responsabilidad objetiva*. RDN, núm. 28, abril-junio 1960; págs. 209-242.

Fundamentación teórica de la responsabilidad objetiva y directrices del Derecho continental europeo. Ensayo de construcción para el Derecho español, entendiéndose el autor, en conclusión, que en la teoría de la "responsabilidad del daño causal", la imputación de dicha responsabilidad y la reparación se realiza en base a la causa subjetiva u objetiva de que proceda o por quien se produzca en base a las ideas de culpa o riesgo. Bajo la primera idea se comprenden los supuestos de responsabilidad aquiliana (1902 y sigs. salvo 1905 y 1910); bajo la segunda, ciertos supuestos concretos contenidos en la legislación especial (navegación aérea, accidentes de trabajo, responsabilidad del Estado, etc.).

CAMPS ARBOIX, JOAQUÍN: *Nueva crítica a un famoso artículo*. RJC, año LIX, número 1, enero-febrero 1960; págs. 29-35.

Estima el autor con respecto al art. 7 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1940, que se trata de una norma técnicamente disparatada, perturbadora, alteradora del valor sociológico de los contratos agrarios, perniciosa y ociosa. Se propone su derogación de plano. Recordamos que el precepto se refiere a la conversión de las alquerías en arrendamientos.

CARRETERO, TIRSO: *La ley de permutas forzosas*, RCDI, año XXXVI, números 382-383, marzo-abril 1960; págs. 194-242.

Comentario a la Ley de 11 de mayo de 1959 sobre permutas forzosas de fincas rústicas: introducción, preámbulo, sistema y ámbito de la Ley. Procedimiento para efectuar la permuta y subrogación real de los gravámenes del enclavado. Aspectos fiscales y otras disposiciones. En la Ley se observa a veces un abandono de las directrices trazadas en su Preámbulo.

CASAS MARTÍNEZ, A.: *La convivencia y los subarriendos especialmente protegidos*. RDP, febrero 1960; págs. 108-115.

Delimitación y comparación de las situaciones de convivencia creadas al amparo del art. 27 de la Ley de 1946 y los subarriendos permitidos por el artículo 18 de la actual Ley (subarriendos "especialmente protegidos" en la terminología del autor). Alcance y supuestos de una y otra situación.

ESTIBALEZ, Luis María: *La causa de la obligación (una postura anticausalista)*. RJC, año LIX, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 45-60.

La teoría de la causa no sirve sino para engendrar un confucionismo sin límites en el lenguaje jurídico, ya que se trata de un concepto camaleónico que cambia de significado según el tratadista o legislador que lo usa. Examen de Domat y Pothier y referencia al Código francés y español. Se propugna la supresión de la causa como requisito legal del contrato.

FERNÁNDEZ CANTOS, José Luis: *La resolución de los contratos por causa de incumplimiento*. RGLJ, tomo 209, núms. 1-2, julio-agosto 1960; págs. 34-114.

Estudio de los requisitos necesarios para la aplicación del art. 1.124 del Código civil. Análisis separado de los requisitos referentes a la obligación (existente, exigible, principal, recíproca) y de los referentes al incumplimiento: examen general del cumplimiento y de los diversos tipos de incumplimiento. Atención especial a la posición de la jurisprudencia en relación con los distintos aspectos de la norma.

GALLART CASES, Ricardo: *El problema de la fuerza vinculante de la oferta*. RJC, año LVII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 656-662.

Propugnando una gran libertad de apreciación judicial, el autor entiende que toda oferta lleva consigo un plazo expreso o tácito, que obliga a mantenerla durante él. Revocada sin motivo dentro del mismo se comete un abuso del derecho de retractación. Aceptada durante el plazo, el juez puede sustituir la voluntad del oferente y constituir la relación obligatoria.

GALLART CASES, Ricardo: *El momento de la perfección del contrato entre ausentes*. RJC, año LIX, núm. 3, marzo-junio 1960; págs. 290-300.

Examen legislativo y doctrinal del problema que permite sentar al autor estas conclusiones: En la contratación entre ausentes el oferente tiene obligación de hacerse sabedor de la aceptación dentro de un término de normal conocimiento a partir de la recepción de la misma. Fijación judicial de ese término. No existe la obligación del oferente cuando no le es posible conocer la aceptación. El aceptante sólo debe probar la recepción o su verosimilitud, debiendo el oferente demostrar la imposibilidad de conocimiento de la aceptación. El incumplimiento voluntario por el oferente de su obligación implica abuso del derecho y debe reputarse perfeccionado el contrato una vez expirado el normal término de conocimiento.

GARCIA LAVERNIA, Joaquín: *La renta legal y sus aumentos en el régimen vigente de arrendamientos urbanos*. RJC, año LIX, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 281-289.

Distinguiendo entre viviendas y locales de negocio, ofrece el autor una sinop-

sis práctica de los distintos tipos o supuestos de renta legal, según fecha de ocupación, y los procedentes aumentos en cada caso. Útil esquema de conjunto.

GARCÍA VALDECASAS, Alfonso: *La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. RDP, junio 1960; págs. 449-462.

Sentido, significación y alcance del número 2.º del art. 1.459 del Código civil. En algún punto el ámbito de la prohibición se restringe hasta respetar incluso supuestos de autocontratación, mientras que en otros su ámbito se extiende alcanzando a figuras y relaciones jurídicas que no siendo las estrictamente previstas en la norma comparten, sin embargo, con éstas las razones que fundamentan la prohibición.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Las obligaciones administrativas*. RDP, octubre 1960, págs. 763-773.

Concebidas las relaciones entre la Administración y los administrados como relaciones jurídicas, la idea de la obligación jurídico-administrativa adquiere una inevitable presencia en el Derecho administrativo. Las peculiaridades se manifiestan en materia de fuentes y materia de obligaciones pecuniarias. Tras estas ideas previas dedica el autor especial atención a los cuasi-contratos administrativos y a las obligaciones pecuniarias de carácter administrativo.

GÓMEZ REINO, Antonio: *Un supuesto de sucesión mortis causa en el contrato de arrendamiento que la LAU no resuelve*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 684-686.

En el orden de prelación que la LAU establece para el supuesto de existencia de varios beneficiarios del derecho de sucesión en el arrendamiento (art. 58), no se prevén los casos de absoluta igualdad de todas las condiciones de preferencia que se señalan.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El problema de la patrimonialidad de la prestación*. RDP, abril 1960; págs. 273-278.

En nuestro Código civil no es en modo alguno un requisito de la prestación su patrimonialidad. Indicado el significado doctrinal y comparativo del problema, manifiesta el autor que una prestación no susceptible de valoración económica puede integrar perfectamente el objeto de la obligación y producir consecuencias jurídicas.

MARTÍN BALLESTEROS, Luis: *La obligación natural*. T. núm. 6. 1959; páginas 11-22.

Aun recibido el nombre del Derecho romano, la doctrina moderna de la

obligación natural parte de la codificación y supone un estadio intermedio entre el simple deber moral y el vínculo jurídico perfecto. Se manifiesta por su ejecución voluntaria y por los efectos que de ella se derivan. No hay una doctrina general de las obligaciones naturales, sino casos concretos que dificultan una teoría general. Por otra parte, la obligación natural implica el reconocimiento y la asunción jurídica de un deber moral que vivifica el Derecho positivo y que a éste en modo alguno puede serle extraño.

MARTÍN REFORTELO, Cirilo: *Resolución del arrendamiento urbano por decisión de la Administración Pública. Declaración de ruina*. RDP, marzo 1960; págs. 199-209.

Se comienza con unas notas en torno a los casos de resolución del contrato de arrendamiento por disposición legal: resolución *ex lege*, su fundamento. A continuación se estudia como uno de estos casos la "declaración de ruina" del inmueble: expediente y procedimiento.

PASCUAL SERRES, José María: *Arrendamientos rústicos*. RJC, año LIX, número 1, enero-febrero 1960; págs. 63-132.

Compilación de jurisprudencia sistematizada en relación con los arrendamientos rústicos en sus distintos aspectos.

PERE RALUY, José; RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *La transmisión «mortis causa» del Derecho arrendaticio de local de negocio*. RJC, año LIX, número 2, marzo-abril 1960; págs. 207-217.

Naturaleza de la transmisión, arriendos a que se aplica, heredero y socio como sucesores, requisitos y carácter indefinido de la sucesión, efectos y Derecho de transición. El trabajo va seguido, como apéndice, de una interesante sentencia de la Audiencia territorial de Valencia.

RAMÍREZ, José A.: *La cirugía estética y el Derecho*. RJC, año LIX, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 195-237.

En términos generales los cirujanos no deben prestar sus servicios con fines puramente estéticos ante el riesgo inherente a las manipulaciones y la inseguridad del resultado perseguido. De aceptarse la prestación responderá incluso del caso fortuito. El contrato será de obra, no de servicios: sólo con la obtención del resultado se pueden cobrar los honorarios. En el supuesto de fracaso operatorio el cirujano será responsable de todos los daños que hubieran podido o debido preverse al concertar el contrato y que sean consecuencia directa o indirecta de la operación practicada.

SÁNCHEZ-GAMBORINO, Francisco-Miguel: *Sobre la relación del usuario con la empresa de servicio público de transporte de viajeros*. RGLJ, tomo 208, número 2, febrero 1960; págs. 195-203.

Lo que propiamente caracteriza la relación que une al usuario y al que presta un auténtico servicio público (como el de transportes) no es la norma que impone al eventual porteador la prestación del servicio, sino la *necesidad*, de hecho, que siente el eventual usuario de que dicho servicio se le preste.

SANTOS BRIZ, Jaime: *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*. RDP, julio-agosto 1960; págs. 548-579.

Destacada misión social del Derecho de obligaciones, considera el autor algunas cuestiones concretas que, dentro de él merecen hoy atención destacada por parte de la doctrina moderna: conducta social típica como fuente de obligaciones, autonomía privada y libertad contractual, buena fe en la contratación, omisiones en el Derecho de obligaciones e internacionalización de éste.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La relación de liquidación o extinción en algunos contratos*. RDP, octubre 1960; págs. 774-794.

Siguiendo la orientación de la moderna doctrina que atribuye carácter autónomo a la llamada relación de liquidación o extinción de ciertos contratos (sin alcanzar su finalidad o lograda ésta), se refiere el trabajo a la liquidación de contratos nulos, fracasados o impugnados y a la liquidación de determinados contratos a su terminación.

SCHAFFER, Alfred: *La amenaza a largo alcance de la inflación*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 633-638.

La inflación es una enfermedad cancerosa de la moderna organización económica. Posibles remedios frente al fenómeno de debilitación del valor de la moneda: de parte del público y consumidor, de parte de la empresa, trabajo y salarios. Medidas del Estado y de los Bancos centrales.

SOLO NIEVO, Francisco: *Derecho de retorno del inquilino en la excepción a la prórroga por necesidad*. RJC, año LVIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 801-812.

Examen exegético de los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del art. 68 de la Ley de arrendamientos urbanos que sancionan, a favor del inquilino a quien se ha negado la prórroga "por necesidad", el derecho de retornar a la vivienda cuando no se ocupa ésta por el beneficiario de la negativa de prórroga o cuando éste la cede a un tercero. Indemnización en ambos casos.

5. Derecho de familia.

ARAUZ DE ROBLES, Carlos: *Ante un candente problema jurídico: Conflictos que provoca la exigencia del consentimiento de la mujer para la validez de los actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.* RGLJ, tomo 209, núm. 5, noviembre 1960; págs. 596-599.

Aspectos concretos del nuevo art. 1.413 en relación con las ejecuciones forzosas a instancia de tercero. Postura adoptada por el Reglamento Hipotecario (reforma 1959). Crítica.

BATLLE, Manuel: *La filiación ilegítima.* RCDI, año XXXV, núms. 378-379, noviembre-diciembre 1969; págs. 721-737.

Se fija previamente la terminología en relación con los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales, que son los engendrados en relación no matrimonial, cuando los padres al tiempo de la concepción no podían casarse ni aun con dispensa. Examen de las causas de imposibilidad de matrimonio entre los progenitores, motivo clave de la condición de ilegitimidad en sentido estricto. Determinación objetiva o subjetiva de la ilegitimidad.

BATLLE, Manuel: *Cuestiones de Derecho matrimonial.* RCDI, año XXXVI, números 388-389, septiembre-octubre 1960; págs. 577-596.

Delimitanse algunos aspectos concretos en relación con el domicilio y el hogar en el matrimonio: determinación del domicilio conyugal por pacto; el hogar en relación con la propiedad de los cónyuges, considerando cuatro hipótesis (casa del marido o de la mujer, casa arrendada, casa por razón del empleo). La segunda cuestión se analiza, sobre todo, a efectos de determinar a cuál de los cónyuges debe atribuirse el disfrute durante la tramitación de la separación.

BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto: *El abandono malicioso como causa de separación conyugal.* RJC, año LIX, núm. 2, marzo-abril 1960; págs. 167-203.

La regulación canónica contiene una laguna en lo que al abandono malicioso, como causa autónoma de separación conyugal, hace referencia. Estudio sistemático de esta "causa", amparada doctrinalmente en la cláusula analógica del canon 1.131. Concepto del abandono, supuestos de manifestación de su elemento material y a los casos de abandono doloso y abandono injusto en relación con el elemento intencional. Efectos del abandono.

CASASÚS HOMET, Emilio: *Enajenación, por cónyuges, de bienes con confesión por uno de ellos de que los mismos fueron adquiridos con dinero privativo de uno de los consortes.* RCDI, año XXXVI, núms. 384-385, mayo-junio 1960; págs. 399-406.

Eficacia de la presunción del art. 1.407 en torno al carácter ganancial de los

bienes del matrimonio y posible juego de la conesión para destruir o no la presunción del precepto. Consideración separada de los bienes muebles e inmuebles.

CONDE-PUMPIDO, Cándido: *El privilegio paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*. RGLJ, tomo 308, núm. 1, enero 1960; páginas 28-72.

En el régimen del Código civil anterior al Concordato carecía de eficacia el Privilegio Paulino para disolver los matrimonios civiles y eran desconocidos civilmente los matrimonios canónicos contraídos en virtud de él (regían los artículos 51 y 52 del Código). En el régimen postconcordatario se reconoce expresamente la aplicación del Privilegio: pueden disolverse los matrimonios civiles de acatólicos y el nuevo matrimonio canónico tiene eficacia civil. El art. XXIV del Concordato y los arts. 80 y 82 del Código son preferentes a los arts. 51 y 52 del Código y al 471 del penal. Falta en nuestro Derecho un reconocimiento expreso de la facultad pontificia de disolver por sí los matrimonios civiles de acatólicos (rigen entonces los arts. 51 y 52 C. c. y 471 C. p.).

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *La renuncia a la sociedad de gananciales, a los gananciales propiamente dichos y a las consecuencias de dicho régimen de bienes. I Parte: La renuncia en general*. RDN, número 28, abril-junio 1960; págs. 75-208.

Publicada en este número de RDN la primera parte del trabajo relativa a la renuncia en general, se considera ésta como declaración unilateral de voluntad, no recepticia, tutelada por el ordenamiento jurídico y dirigida *exclusivamente* a la pérdida o extinción de un derecho subjetivo, beneficio, expectativa o posición jurídica. Se rechazan las renunciaciones traslativas. Concepto, naturaleza y clases de renuncia. Caracteres, objeto de la misma y efectos.

GAMBÓN ALIX, Germán: *Problemas que plantea la adopción en el Derecho penal*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 667-683.

Ausencia de un principio general que equipare la filiación adoptiva a la de sangre. Normas penales que contienen expresas referencias de la adopción y problemas que suscita la inclusión o exclusión del parentesco adoptivo en otros supuestos de normas penales. Breve alusión al Código de justicia militar.

MANS, Jaime: *Nulidad de matrimonio por condición de pretérito incumplida*. RJC, año LVIII, núm. 6, noviembre 1960; págs. 864-871.

Comentario a una sentencia de la Sagrada Rota Romana de 4 de noviembre de 1957: matrimonio contraído con condición de pretérito incumplida. Se niega

la nulidad. Crítica del fallo y minuciosa separación entre la condición que afecta al mero propósito de contraer y la que afecta al mismo consentimiento matrimonial. El desacierto de la sentencia se debió a la confusión entre los supuestos indicados, utilizando una fundamentación en sí correcta, pero que no hacía al caso.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *Enajenación de bienes de la sociedad conyugal*. RCDL, año XXXVI, núms. 384-385, mayo-junio 1960; págs. 289-309.

Perspectivas históricas de la cuestión que demuestran que el antiguo artículo 1.413 no era del todo conforme a la legislación castellana. Soluciones del Derecho extranjero. Problemas registrales que entraña el texto reformado, con especial referencia al problema del fraude a la mujer y la calificación del mismo.

PARRA JIMÉNEZ, José: *Actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales (En torno a la reforma del art. 1.413 del Código civil)*, RGLJ, tomo 208, número 3, marzo 1960; págs. 311-350.

Consideraciones generales sobre la ley de reforma del Código, en abril de 1958. Referencia especial del nuevo artículo 1.413; el consentimiento de la mujer y la autorización judicial supletoria; actos de disposición en general, arrendamientos y actos inscribibles; enajenaciones en ejecuciones forzosas; sanción de los actos del marido en contravención del precepto.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *Filosofía de la familia*, RGLJ, tomo 208, núm. 3, marzo 1960; págs. 351-375.

Aspectos de la familia como institución de Derecho natural; configuración, corrientes doctrinales, caracteres y fundamento de las relaciones familiares, carencia de personalidad, patrimonio familiar. Termina el trabajo con una referencia al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio.

6. Derecho de sucesiones.

ALONSO LAMBÁN, Mariano: *Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales*. T. núm. 6, 1959; págs. 23-69.

Terminación del trabajo sobre la materia. Se estudian en el número que reseñamos el testamento mancomunado, los testamentos especiales, los testamentos excepcionales y el testamento por comisario. Breve alusión a las instituciones mal llamadas testamento (*ad pias causas, ad cau. clam, codicillos*). Como apéndice se incluyen las normas de la Compilación de Vizcaya y Alava en la materia de testamentos.

GASTAN TOBEÑAS, José: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*. RGLJ, tomo 203, núm. 2, febrero 1960; págs. 153-194.

Terminación del estudio iniciado en números anteriores de la misma revista. En el presente se aborda el problema de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante: historia, Derecho español, orientaciones actuales. Conclusiones generales: abandono de ciertas concepciones romanas y aproximación a ideas germánicas. Aspiración en el futuro Derecho Sucesorio a la eficacia, unidad, simplicidad, armonía de intereses y vinculación al servicio de la familia.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La partición de herencia por el propio testador*. RDN, año VIII, núm. 27, enero-marzo 1960; págs. 99-234.

Amplio estudio doctrinal, con abundante información, del problema de la partición de herencia por el testador. Elemento romano y germánico. Desarrollo de la figura en el Derecho moderno. Análisis de nuestro artículo 1.056: alcance, fundamento y naturaleza. Régimen jurídico de la partición.

DÍEZ PICAZO, Luis: *La pluralidad de testamentos*. RDN, año VIII, núm. 27, enero-marzo 1960; págs. 7-97.

¿Bajo qué presupuesto, en qué casos y con qué efectos es posible que una persona muera con dos o más testamentos válidos? Estudio histórico y comparativo previo. Unidad documental, temporal, de acto y negocial del testamento. Supuestos de pluralidad (declaración de subsistencia, testamento interpretativo, sin contenido patrimonial, modificativo). Efectos de la pluralidad.

GULLÓN BALESTEROS, Antonio: *Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código civil*. RDP, febrero 1960; páginas 102-107.

Naturaleza de la sucesión prevista en el nuevo artículo 174 (supuestos concretos). Sucesión en la adopción menos plena y en la plena. Referencia a los derechos sucesorios de la familia natural del adoptado. El autor indica especialmente las situaciones de conflicto y su posible solución.

LATOUR BROTONS, José: *Del usufructo a la sustitución ideicomisaria*. RCDI, año XXXVI, núm. 384-385, mayo-junio 1960; págs. 310-398; núms. 386-387, julio-agosto 1960; págs. 443-509; núms. 388-389, septiembre-octubre 1960; págs. 597-665.

Con abundantes y sistematizadas citas de jurisprudencia en los tres números citados de la Revista se refiere el autor respectivamente a las formas de cons-

titución del usufructo por testamento, considerando múltiples hipótesis; a las notas comunes y diferenciales entre el usufructo propio y la sustitución fideicomisaria; finalmente al problema de la adquisición de la nuda propiedad y su transmisibilidad. Seguirá el estudio en números sucesivos.

PUIG BRUTAU, José: *El testamento del empresario*. RDP, noviembre 1960; páginas 845-858.

Dentro del problema general de las relaciones entre el Derecho Sucesorio y el de sociedades, el autor contempla el aspecto concreto de la conservación de la empresa comercial o industrial en la sucesión por causa de muerte, en relación con la "mejor forma" de otorgar testamento el empresario que aspira a la finalidad mencionada. Consideración de supuestos distintos y posibilidades diversas.

SERRAÑIMA CAMIN, Luis: *Fideicomiso «sine liberis»*. RJC, año LIX, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 23-28.

Dictamen del autor, emitido en junio de 1924, en relación con un problema de Derecho foral de fideicomiso *sine liberis*.

SIMO SANTOJA, Vicente-Luis: *En tema de petición de herencia*. RDP, septiembre 1960; págs. 665-687.

Concepto y delimitación de la acción de petición de herencia. Naturaleza: real, universal, divisible y prescriptible. Legitimación activa y pasiva. Efectos de la acción: relaciones entre el heredero real y el aparente; efectos en relación con terceros.

II. DERECHO HIPOTECARIO

MENÉNDEZ, José: *El problema de las inscripciones inmatriculadoras que no son las primeras de la finca*. RCDI, año XXXV, núms. 372-379, noviembre-diciembre 1959; págs. 738-741.

El juego de la mecánica registral permite a veces que las primeras inscripciones no reflejen una plena titularidad dominical: dominios gravados o separados, participaciones de copropiedad. Consideración especialmente en este último supuesto con referencia a las inmatriculaciones de las participaciones restantes.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*. RDP, enero 1960; págs. 21-30.

Así como no plantea problema alguno la inscribibilidad de los inmuebles o

derechos transmitidos *sub modo*, la constatación de la carga modal o afección modal en sí misma en el Registro puede presentar problemas derivados de su carencia de afecto real propiamente dicho. Se rebate este enfoque, aludiendo a la esencia del modo, e indicando que lo forma natural de su constatación registral es su constatación en el propio asiento de inscripción del derecho dominical o real transmitido o constituido *sub modo*.

MOLINA RAVELLO, Enrique: *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*. RCDI, año XXXVI, núms. 388-389, septiembre-octubre 1960; págs. 697-702.

Contra la opinión de Martín Retortillo, que entiende son nulas las ventas de minas si *previamente* no cuentan con autorización administrativa, el autor, con un sentido general, estima que la autorización puede ser previa o subsiguiente. Confirma su tesis el artículo 98, reformado, del Reglamento Hipotecario.

PINTO RUIZ, José: *Identificación y determinación de fincas y su publicación*. RJC, año LVIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 771-797.

Toda vez que en el Registro de la Propiedad incide la descripción que gestaran las partes, se propugna que éstas provean a ella con la necesaria diligencia y amparadas en medios suficientes e idóneos. La descripción anterior ha de tener acceso al Registro sin los defectos actuales, debiendo ser más rígida la función calificadora. Es conveniente en la descripción su carácter geométrico más que literario, de forma que goce de una actualidad determinativa con independencia de las vicisitudes que el tiempo provoca en su transcurso.

R.: *Cancelación de hipoteca*. RCDI, año XXXV, núm. 378-397, noviembre-diciembre 1959; págs. 753-759.

Recurso gubernativo estimado contra la calificación del Registrador que suspendió la inscripción de una cancelación de hipoteca por estimar necesario, en virtud del nuevo artículo 1.413, el consentimiento de la mujer. En la solución del recurso no se estima dicha cancelación acto de disposición a efectos del precepto citado.

TAULET, Enrique: *Los extranjeros y la inscripción obligatoria*. RCDI, año XXXVI, núms. 388-389, septiembre-octubre 1960; págs. 703-709.

Significado y alcance de la Ley de 12 de mayo de 1960 que establece la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que atribuyan a extranjeros el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en determinadas zonas del territorio nacional. Antecedentes y consecuencias de su vigencia: nulidad de los actos no inscritos.

VILLARES PICO, Manuel.: *La Ley Hipotecaria de 1861*, RCDI, año XXXVI, núms. 382-383, marzo-abril 1960; págs. 145-162.

Propuestas de reforma de la Ley Hipotecaria en ciertos aspectos concretos: documentos inscribibles, tracto sucesivo, fe pública, usucapión *secundum* y contra tabulas, legitimación registral. Además se propugna la inscripción constitutiva. Se ofrece el texto propuesto para las disposiciones que, a juicio del autor, deben reformarse.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *La nueva regulación del Registro mercantil*. RCDI, año XXXVI, núms. 380-381, enero-febrero 1960; páginas 39-75; núms. 382-383, marzo-abril 1960; págs. 163-193; núms. 386-387, julio-agosto 1960; págs. 510-527; núms. 388-389, Septiembre-octubre 1960; páginas 666-696.

Amplio examen y comentario al nuevo Reglamento del Registro Mercantil: historia y organización actual de éste; publicidad, calificación y recursos; libros de que consta y llevanza de los mismos; objetos y efectos de la inscripción; la inscripción del comerciante individual. El trabajo continuará en números sucesivos de la misma Revista.

OLIVENCIA, Manuel: *El nuevo Reglamento del Registro mercantil*. RDM, número 74, octubre-diciembre 1959; págs. 355-400.

Continuación de los comentarios del autor al nuevo Reglamento del Registro mercantil. En el presente número se comenta el título III relativo a la inscripción de comerciantes o empresarios mercantiles individuales, artículos 69 a 84): Carácter de la inscripción, personas inscribibles, solicitud de inscripción, lugar de la misma, trámites y contenido de la hoja abierta al comerciante.

SANTINI, G.: *Panorama del Derecho mercantil italiano*. RDM, núm. 74, octubre-diciembre 1959; págs. 299-306.

Reseña informativa equivalente a 1958 del Derecho mercantil italiano: legislación, doctrina y jurisprudencia.

2. Comerciantes y sociedades,

LA REVISTA: *Jurisprudencia de sociedades anónimas*. RJC, año LVII, número 5, septiembre-octubre 1959; págs. 695-740.

Jurisprudencia monográfica recopilada referente a Sociedades anónimas, en los distintos aspectos de su problemática jurídica.

MORENO PÁEZ, Leocadio: *Sociedad privada de carácter municipal en régimen de anónima*. RDM, núm. 74, octubre-diciembre 1950; págs. 243-280.

Comienza el autor aludiendo a la actividad económica de la Administración municipal, como un aspecto concreto del gran desarrollo de la empresa pública en nuestra época. Una de las formas de actuación es la sociedad anónima municipal, cuyo mecanismo y régimen jurídico describe el presente trabajo.

RIPERT, Georges: *Las sociedades mercantiles internacionales*, RJC, año LVIII, número 5, septiembre-octubre 1959; págs. 601-613.

Conferencia del autor en el Col. Abg. Barcelona, el 23-V-58. El enorme ámbito de las modernas sociedades hace que éstas dejen de desarrollarse bajo el viejo signo del *ius fraternalis* para adquirir un radio de acción que excede del territorio de un Estado. Especial consideración de aquellas sociedades que, radicadas en un Estado, desenvuelven en otro u otros su actividad. Viabilidad de las sociedades internacionales y ejemplos concretos.

ROTONDI, Mario: *Sobre la validez de las reservas del derecho de opción a favor de los fundadores, contenidas en Estatutos anteriores a la vigente Ley sobre sociedades*. RDP, julio-agosto 1960; págs. 543-547.

Comparación del Derecho italiano y español en relación con la validez de las cláusulas que reserven el derecho de opción a favor de los fundadores de sociedades anónimas. En España tales cláusulas son nulas, después de la Ley de 1951; la contenidas en Estatutos anteriores a dicha Ley, válidas y perfectamente invocables.

3. Cosas mercantiles.

LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando: *El aval por documento separado*. RJC, año LVIII, número 6, noviembre-diciembre 1960; págs. 825-846.

El aval por documento separado es un residuo histórico cuya admisión resulta favorecida por la ambigua redacción del Código de Comercio. Son más sus inconvenientes que sus ventajas. La doctrina y la jurisprudencia deben evitar la popularización de esta peligrosa figura. Debe suprimirse, adoptando el criterio de la Ley Uniforme.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *En torno al cheque sin provisión*. RDP, febrero 1960; págs. 97-102.

Se traslucen en España ciertos barruntos de la creación de un nuevo delito:

la emisión de cheques sin cobertura. Esta "modalidad" criminal es fuente de incalculables consecuencias de orden penal, privado y mercantil. Esbozó de consideraciones en torno a la cuestión: conveniencia o necesidad de la nueva figura, frente a la que el autor muestra su escepticismo.

4. Obligaciones y contratos.

LASHERAS SANZ, Antonio: *La adhesión al seguro*, RDP, septiembre 1960; páginas 657-665.

Cuestiones jurídicas y técnicas en relación con la oferta y la aceptación en el seguro de naturaleza contractual. Consideración especial de la "proposición de seguro" en el caso, sobre todo, de seguros obligatorios a concertar con una entidad aseguradora de Derecho público en régimen monopolístico.

MENÉNDEZ, Aurelio: *Seguro múltiple, seguro comulativo y coaseguro*, RDM, número 74, octubre-diciembre 1959; págs. 217-242.

Delimitación de las figuras del seguro múltiple, el cumulativo y el coaseguro. Estudio de los diversos supuestos en el Derecho español y de su respectiva eficacia y tratamiento jurídico, según las posibles hipótesis.

SÁNCHEZ GAMBORINO, FRANCISCO M.: *Comentarios a la nueva reglamentación de vagones particulares*, RDM, núm. 74, octubre-diciembre 1959; págs. 341-353.

Examen de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 21 de mayo de 1959 que publica el Reglamento de vagones particulares.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando: *A propósito del contrato de enrolamiento*, RGLJ, tomo 209, núms. 1-2, julio-agosto 1960; págs. 115-156.

Estudio sistemático de la relación que liga a "la gente de mar" con las empresas navieras. Concepto del contrato de enrolamiento, carácter y naturaleza, formación y requisitos del contrato, objeto, contenido y extinción. Referencia especial a las indemnizaciones pertinentes.

RUSO, R.: *Panorama del Derecho italiano de la navegación (año 1958)*, RDM, núm. 74, octubre-diciembre 1959; págs. 283-298.

Reseña informativa del Derecho italiano de la navegación durante el período de 1938, en el ámbito de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia.

6. Derecho de quiebras.

MOLINA, Enrique: *Procedimiento de suspensión de pagos*. RDP, marzo 1960; páginas 210-217.

Continuación de un trabajo publicado en 1956 (RDP, septiembre). Referencia a los presupuestos y mecanismos del procedimiento de suspensión de pagos: legitimación para solicitar ese estado, escrito de iniciación y circunstancias del mismo, documentación complementaria, examen por la autoridad judicial, supuestos dudosos.

SOTILLO NAVARRO, José M.: *La nueva regulación en Francia de quiebras y arreglos judiciales*. RDM, núm. 74, octubre-diciembre 1959; págs. 307-331.

Breve exégesis y comentario del Decreto de 20 de mayo de 1955 que sitúa al Derecho francés en primera línea del movimiento legislativo en materia de quiebras. Al suprimir las diferencias entre "arreglo" y quiebra, dentro del mismo estado de insolvencia, se tiende a todo comerciante la coyuntura de acogerse a aquél. Examen sucesivo de los distintos títulos del Decreto.

TORRES DE CRUELLES, Joaquín: *Nota crítica de un Anteproyecto de Ley concursal*. RJC, año LVIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 747-770.

Consideración crítica, en sus orientaciones y principios fundamentales del Anteproyecto de Ley concursal elaborado por el Instituto de Estudios Políticos y entregado al Ministerio de Justicia en 1959. El Anteproyecto refunde en una sola figura ("concurso de acreedores") el actual concurso y la actual quiebra. Con intención constructiva el autor señala especialmente los defectos de la regulación "anteproyectada".

VACAS MEDINA, Luis: *La nueva Ley concursal española (el Anteproyecto)*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 615-630.

Es fundamental en España la reforma en bloque del Derecho concursal. La Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos ha elaborado un "Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores". Sistema y caracteres del mismo. Representa un avance gigantesco a la par que reúne en un solo texto toda la regulación normativa sobre el procedimiento concursal.

IV. DERECHO NOTARIAL

GUIMERA PERAZA, Marcos: *Moral profesional del notario*. RDN, núm. 28, abril-junio 1960; págs. 245-279.

Hace el autor una somera referencia a la moral profesional y a los carac-

teres de ciencia, conciencia y rectitud de la profesión del jurista. Textos que exigen la moralidad notarial y la moral en el Derecho notarial, ilustrada con ejemplos prácticos. El notario debe negar su concurso a ciertos "negocios" o actos por razones morales.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

FERNÁNDEZ SERRANO, ANTONIO: *Glosas a un Proyecto dañoso para la abogacía*. RJC, año LIX, núm. 3, marzo-junio 1960; págs. 362-364.

Considérase dañosa para la abogacía la disposición contenida en el art. 60 del Proyecto de Ley de navegación aérea (BOCE, 554) que encomienda las funciones de naturaleza jurídica en organismos estatales o empresas relacionadas con la navegación aérea, no a los abogados, sino sólo al personal del Cuerpo Jurídico del Aire.

LLUIS Y NAVAS BRUSI, JAIME: *El llamado suero de la verdad y los problemas de su aplicación judicial*. RGLJ, tomo 208, núm. 5, mayo 1960; págs. 569-675.

Presupuestos técnico-psicológicos, el problema ético, el problema ontológico. Esbozadas las cuestiones anteriores, se enfrenta el autor con el problema de la aplicación judicial de barbitúricos: interrogatorio con sueros ante nuestro Derecho positivo; repercusiones del empleo de barbitúricos como prueba pericial.

REOL SUÁREZ, ANTONIO: *Inaplicación del recurso de revisión a la sentencia dictada en la casación*. RDP, junio 1960; pág. 462.

Entiende el autor que el recurso de revisión se da contra la sentencia firme dictada en un proceso civil y solamente contra ella, y para nada juega la revisión contra la sentencia dada en casación: el remedio recurso de revisión se da contra un proceso, no contra otro remedio recurso de casación.

TRÍAS DE BES, JOSÉ MARÍA: *Las reglas de «competencia general»: ensayo de Derecho procesal internacional español*. RJC, año LIX, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 7-19.

Exposición de los principios generales en torno a la competencia de los tribunales españoles: competencia general y competencia especial. El Derecho ha previsto los conflictos de competencia general en razón de la nacionalidad de los litigantes: referencia a tratados y leyes; proclamación del carácter exclusivo de la jurisdicción; inalterabilidad de las normas sobre competencia especial.

3. Procesos especiales.

FUENTES CARSI, FRANCISCO: *Pluralidad de partes e intervinientes en el proceso de nulidad de patentes y marcas*. RGLJ, tomo 208, núm. 5, mayo 1960; páginas 676-690.

Litisconsorcio facultativo, litisconsorcio necesario: delimitación de ambas figuras, mecanismos y efectos en los procesos de nulidad de registro. Supuestos de intervención de terceros: intervención voluntaria e intervención forzosa.

GARCÍA LAVERNIA, JOAQUÍN: *Medidas especiales en relación con la mujer casada*. RJC, año LVIII, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 639-655.

Comentario sistemático a la Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil en lo relativo a las medidas provisionales en relación con la mujer casada (Ley de 24-IV-1958). Agrupa el autor las normas en dos apartados: medidas previas a los procesos matrimoniales (arts. 1.881-1.885) y medidas coetáneas a los mismos (arts. 1.886-1.900).

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *El recurso de súplica*. RCDI, año XXXVI, números 380-381, enero-febrero 1960; págs. 1-14.

Contra las decisiones de los ministros y del Consejo de ministros se admite a veces un recurso administrativo en los casos especialmente previstos en una disposición con jerarquía de ley. Naturaleza, fundamento y regulación de este "recurso de súplica" que se interpone ante la Presidencia del Gobierno o el Consejo de Ministros. Requisitos, procedimientos y efectos, según los casos: en materia de prensa, en materia de enseñanza media y tesoro artístico y en materia de fincas manifiestamente mejorables.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *El recurso de reposición en el procedimiento administrativo*. RCDI, año XXXVI, núms. 386-387, julio-agosto 1960; páginas 433-442.

El recurso de reposición es estudiado como previo al económico-administrativo y como previo al contencioso-administrativo. Sólo el segundo debe reputarse subsistente en la actual legislación española.

LA REVISTA: *Juicio ejecutivo cambiario*. RJC, año LIX, núm. 3, marzo-junio 1960; págs. 303-354.

Jurisprudencia sistematizada sobre aspectos múltiples del juicio ejecutivo en materia cambiaria.

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 do Ministério de Investigações de Direito 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 = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesante Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 IF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Quebec).
 MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).

- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 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).
 RDIC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RIDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 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.
 RFI = 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 (Paris).
 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).
 RIDCP = Revue internationale de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notario (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svenskt Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis, Revista de Ciencia 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 LIEYVA Y ANDIA

Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

RENUNCIADOS LOS BIENES GANANCIALES POR LOS HEREDEROS DEL CONYUGE PREMUERTO, CORRESPONDEN INTEGRAMENTE, DICHS BIENES, AL OTRO CONYUGE

A) El problema suscitado en este recurso dió lugar a una conocida polémica entre tratadistas, concretada en dos posiciones opuestas; una, según la cual, los gananciales renunciados por los herederos del cónyuge premuerto deben adjudicarse a los herederos abintestato de éste, porque constituyen parte de la herencia del causante, y por tanto, cuando la renuncia no se efectúe a favor de persona determinada, se refunden en la masa hereditaria y siguen su destino, y otra, que atribuye dichos bienes gananciales al cónyuge supérstite.

B) No debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la participación de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que por la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división del haber partible transformando la cuota ideal de cada interesado en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones.

C) En los casos de coparticipación de dos o más sujetos en un mismo derecho, la renuncia abdicativa, es decir, la hecha pura y simplemente, no provoca la extinción, sino el acrecimiento de la porción renunciada a los demás titulares, como ponen de relieve entre otros preceptos del Código civil, el artículo 395 relativo a la renuncia de cuota hecha por el copropietario; el 544, al establecer que el que no quiera contribuir a las cargas de la servidumbre podrá eximirse renunciándola en provecho de los demás; el 575, que contiene idéntica norma respecto de la medianería, y el artículo 981 y siguientes, que regulan el derecho de acrecer y las condiciones en que podrá tener lugar.

D) La renuncia de uno de los cónyuges o de los causahabientes del premuerto a la liquidación de la sociedad legal, en el supuesto de que se admita que dicha sociedad es, por su naturaleza, una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin cuotas, induce a la misma conclusión, conforme se des-

prende de las normas contenidas en la sección séptima del título III, libro IV del Código civil, y especialmente de los artículos 1.426 y 1.418, que determinan quiénes deben suceder en la comunidad ganancial y que el inventario, en el caso de renuncia, es innecesario, porque todos los bienes corresponden íntegramente al otro cónyuge. (Res. de 2 de febrero de 1960. B. O. del 18 de febrero.)

PARA INSCRIBIR UNA FINCA ENAJENADA POR HEREDERA INSTITUIDA BAJO CONDICION RESOLUTORIA, NO ES PROCEDIMIENTO ADECUADO LA AUTORIZACION JUDICIAL FUNDADA EN LAS ATRIBUCIONES QUE CONFIERE EL ARTICULO 804 DEL CODIGO CIVIL A LOS ADMINISTRADORES DE LA HERENCIA

A) Para el estudio de la cuestión es preciso puntualizar las diferencias que existen entre la sustitución fideicomisaria condicional y la institución de heredero hecha bajo condición resolutoria, figuras muy afines y confundidas, a veces, en la práctica, dado que con la cláusula *si sine liberis decesserit*, se pueden conseguir efectos análogos, en cierto modo, a los de la sustitución fideicomisaria.

Caracterizada tal sustitución por la existencia de un doble llamamiento hecho por el testador a favor de varias personas con arreglo a un orden establecido y con obligación de conservar y restituir los bienes, cuando sea condicional el segundo llamamiento, la condición afectará a la sustitución sólo al convertir al fideicomisario eventual en heredero, pero no destruirá retroactivamente los efectos del llamamiento hecho a favor del fiduciario.

Por el contrario, la disposición hecha por el testador, alternativamente en favor de dos o más personas, para que el heredero instituido en segundo lugar llegue a serlo sólo cuando se cumpla la condición resolutoria al primero de morir sin hijos, realizado el evento en que la condición consiste, da lugar a que se prive de la cualidad de heredero a quien lo hubiera sido primeramente por quedar aniquilado totalmente su llamamiento y obligará a que se admita como heredero único a quien figuraba instituido bajo condición suspensiva, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 791 del Código civil.

B) El principio *nemo dat quod non habet* facultada al titular de un derecho para disponer exclusivamente de lo que le pertenece y, en consecuencia, la firmeza de las transmisiones que realice un heredero bajo condición resolutoria, deben quedar pendientes del cumplimiento de la condición, si bien doctrinas modernas, al analizar los inconvenientes y perjuicios que se pueden derivar para el propietario y para la economía nacional por la exclusión del tráfico jurídico de los bienes afectados, propugnan en ciertos supuestos la conveniencia de que tales bienes puedan ser enajenados si se estima beneficioso para todos los interesados, que en su día recibirían, en vez de la finca transmitida, los bienes que ocuparen su lugar.

Entre los procedimientos apuntados, ocupa lugar preferente en Derecho comparado la autorización judicial concedida para enajenar los bienes con obligación de invertir su importe en otros que se sujetan al mismo gravamen de restitución, procedimiento que en nuestro Derecho quiere hacerse valer

por aplicación del artículo 804 del Código civil, relativo a las facultades del administrador de la herencia bajo condición suspensiva, en relación con las del representante del ausente.

C) Solicitada la autorización para enajenar la finca mediante aplicación analógica del procedimiento del artículo 164 del Código civil, su concesión permite suplir la falta de capacidad de los menores, pero carece de virtualidad para crear un poder dispositivo en la vendedora que le faculta para realizar válidamente la transmisión proyectada, y como el auto del Juzgado se fundó en las atribuciones que el artículo 804 confiere a los Administradores de la herencia, este precepto, así como los artículos 802 y 803 del mismo Cuerpo legal, deben ser interpretadas restrictivamente y no consienten ampliar las facultades que confieren a personas distintas de aquéllas a las que la Ley se las reconoce, además de ser inexcusable respetar la voluntad del testador, inequívocamente dirigida a que sus bienes sigan una trayectoria determinada. (Res. de 7 de mayo de 1960. B. O. del 28 de mayo.)

DERECHO HIPOTECARIO

ES INSCRIBIBLE EL TESTIMONIO DE ADJUDICACION DE UNA FINCA HIPOTECADA COMO CONSECUENCIA DE PROCEDIMIENTO SUMARIO, QUE EN LA ACTUALIDAD FIGURA INSCRITA A NOMBRE DEL ESTADO POR HABERSELA ADJUDICADO EN UN EXPEDIENTE DE APREMIO, INICIADO CON POSTERIORIDAD A LA NOTA MARGINAL EXTENDIDA EN VIRTUD DE LA REGLA CUARTA DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA

A) El procedimiento especial sumario establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria tiene la finalidad de garantizar eficazmente el derecho que la Ley reconoce al acreedor hipotecario cuando la obligación asegurada fuera incumplida.

B) El dominio y los demás derechos reales y especialmente la seguridad del crédito inmobiliario, descansan en la institución del Registro de la Propiedad, cuyas declaraciones, en función de los principios hipotecarios, obligan, incluso al Estado, que está interesado en conservar y desenvolver plenamente la eficacia de un sistema instituido por él mismo para el mejor régimen de la propiedad inmueble, con el único privilegio de la preferencia en el cobro que establece a su favor el artículo 194 de la Ley Hipotecaria.

C) Para asegurar el Estado la percepción de sus impuestos, las disposiciones legales establecen una prelación a favor de la Hacienda Pública para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida de las contribuciones que recaigan sobre inmuebles en concurrencia con terceros adquirentes, aunque hayan inscrito su derecho. Pero cuando se trata de créditos correspondientes a anualidades anteriores o de otras contribuciones o impuestos asegurados con hipoteca legal expresa, la prelación no afectará a quienes hubieran inscrito su derecho con anterioridad a la inscripción de la referida garantía.

D) La nota marginal prevenida en la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se extiende para que se distingan los asientos anteriores de los posteriores al verificar las cancelaciones procedentes con arreglo a la regla 17 del referido artículo 131, por lo cual la doctrina ha tratado de equiparar la eficacia de la nota expresada con la de la condición resolutoria.

E) En la certificación que obra en este recurso, aparece que la providencia del Recaudador de Hacienda, por la que se acordó el embargo de la finca, surtió efectos en el Registro con posterioridad a la fecha de la nota marginal; que el expediente administrativo se siguió por débitos, no sólo de Contribución Territorial Rústica y Urbana, preferentes respecto de terceros adquirentes, sino por otros débitos de Contribución Industrial, Utilidades, Patentes de Automóviles, descubiertos con la Junta de Obras del Puerto, e incluso por un débito a favor del Servicio de Crédito Agrícola, que no deben gozar de la misma prelación; y por último, que aun cuando el procedimiento administrativo terminó con la adjudicación del inmueble al Estado con obligación de subrogarse en la responsabilidad de las cargas y gravámenes que pesaban sobre la finca, tal adjudicación no debe ser utilizada para eludir el cumplimiento de las obligaciones anteriores del deudor, garantizadas con un derecho real de hipoteca.

F) En consecuencia, ha de procederse, en cumplimiento de lo dispuesto en el expresado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la fecha de la nota prevenida en la regla cuarta, sin perjuicio de las acciones judiciales o administrativas que puedan ejercitarse para hacer efectivos aquellos créditos preferentes que dieron lugar al procedimiento administrativo, (Res. de 20 de enero de 1950. *Boletín Oficial* del 10 de febrero.)

CADUCADA UNA ANOTACION PREVENTIVA DE SUSPENSION DE MANDAMIENTO JUDICIAL POR DEFECTOS SUBSANABLES, NO ES SUFICIENTE EL MISMO DOCUMENTO JUDICIAL CON CERTIFICACION LIBRADA POR EL ACTUARIO SUBSANANDO LOS DEFECTOS, PARA QUE SE PRACTIQUE LA ANOTACION DEL NUMERO PRIMERO DEL ARTICULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, SIENDO PRECISO UN NUEVO MANDAMIENTO JUDICIAL.

A) Es doctrina del Centro directivo, que la caducidad, a diferencia de la prescripción, opera con carácter radical y automático al extinguir por el mero transcurso del plazo legal, el asiento nacido con vida limitada, que durará sólo hasta el día predeterminado en que se produzca su extinción, pudiendo ser cancelado, cuando se trate de anotaciones preventivas, bien de oficio o a instancia de parte. Transcurridos los sesenta días que, conforme al artículo 95 de la Ley, duran los extendidos por defectos subsanables sin haber sido prorrogado dicho plazo, para poder practicar de nuevo la anotación solicitada, deberán tenerse en cuenta los requisitos prevenidos en las disposiciones legales reglamentarias.

B) Los mandamientos judiciales son el medio normal de comunicación entre los Tribunales, Juzgados y Registros de la Propiedad que, conforme

dispone el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, se expedirán por duplicado, debiendo, en los supuestos en que los mandamientos ordenan la práctica de alguna anotación preventiva, insertar literalmente la resolución que determine la medida registral que haya de adoptarse, e incluso, como expresa el artículo 165 del Reglamento, se hará constar si fuese o no firme. (Res. de 1 de febrero de 1960. B. O. de 13 de febrero.)

PROCEDE PRACTICAR LAS CANCELACIONES ORDENADAS POR SENTENCIA FIRME, QUE EN TRAMITE DE EJECUCION DE DICHA SENTENCIA DIO LUGAR A OTRO RECURSO DE CASACION, ADOPTANDO ENTONCES LA AUDIENCIA LA MEDIDA EXCEPCIONAL ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1.786 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

A) Del expediente en cuestión, aparece que la recurrente obtuvo sentencia que quedó firme por haber desestimado el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto, en la que se declaraba el dominio de determinada finca y se ordenaba que se hiciese la rectificación en el Registro de la Propiedad. Por haber caducado la anotación preventiva al no haberse solicitado su prórroga, los demandados pudieron parcelar el inmueble e inscribir las nuevas entidades formadas, algunas de las cuales enajenaron a terceras personas, y cuando fué solicitada la ejecución de la sentencia respecto de las parcelas que aun estaban inscritas a su favor, brotaron una serie de incidentes, motivados quizá por el propósito de retrasar el cumplimiento de la sentencia firme, uno de los cuales dió lugar a otro recurso de casación y a que la Audiencia adoptase la medida excepcional establecida en el artículo 1.786 de la Ley Procesal, mediante providencia que quedó firme y que no debe impedir su acceso al Registro, y dada la semejanza con lo dispuesto en el artículo 391 de la misma Ley, respecto de la apelación en un solo efecto.

B) Por tanto, no se trata de practicar una cancelación «provisional» de la inscripción de dominio, que no sería admisible, puesto que como tiene declarado la Resolución de 27 de diciembre de 1945, por su carácter absoluto, finalidad y efectos, los asientos de cancelación no consienten la sumisión a limitaciones o condicionamientos, ni se avienen a la simultaneidad de extinción y existencia, sino lo que se pretende es ejecutar una sentencia firme, y para ello se debe rectificar el Registro mediante las cancelaciones ordenadas. (Res. de 4 de abril de 1960. B. O. del 18 de abril.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

A cargo de LUIS ALCAZAR, Luis DIEZ PICAZO, Carlos FERNANDEZ-NOVOA, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, Antonio MORO, José M.^o PEÑA, José PERE RALUY, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Javier SANCHEZ RUIZ-CONSTANTINO, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

1. Parte general.

1. FUENTES DEL DERECHO: RECURSO DE CASACIÓN: *Debe desestimarse el motivo que cita como infringida una Orden-Circular porque a causa de su carácter reglamentario la Circular no puede servir de base a la casación.* [S. 12 de junio de 1959; no ha lugar.]

2. FUENTES DEL DERECHO: RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVO FUNDADO EN DISPOSICIONES FISCALES: *Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal que las disposiciones de indole fiscal no pueden servir de base a la casación ni enervar los derechos reconocidos por la Ley civil.* [S. 25 de febrero de 1960; no ha lugar.]

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Su aplicación en los litigios debe hacerse con la limitación que establece el art. 6.^o C. c. que exige no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, ni costumbre del lugar, pues de no entenderlo así se concedería a los Tribunales un arbitrio con apartamiento de la ley que la legislación española no autoriza. Pueden complementar la ley en caso de insuficiencia o suplirla si no existe, pero no la sustituyen en lo que expresamente establece.* [S. 5 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: HONORARIOS PROFESIONALES: *La persona que ha ofrecido una determinada cantidad como retribución de unos servicios, no puede después negar que tales honorarios sean debidos.*

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *Corresponde al juzgador de instancia el precisar la intención y propósito de quienes contrataron, sin que sus conclusiones puedan ser sustituidas por las particulares de las partes.* [S. 27 de junio de 1960; no ha lugar.]

El actor, abogado en ejercicio, para resolver determinados problemas de la demandada, su cliente, convino con ella en gestionar la venta de una de las fincas que ésta poseía, fijando de común acuerdo ambos un precio mínimo, y estipulando que el cincuenta por ciento del exceso obtenido en el precio

se entregaría al actor, a quien se autorizaba para «poder aplicar lo libremente a los pagos, gastos o compromisos que llevarán consigo las negociaciones encomendadas».

Vendida la finca, el actor entendió que le correspondía el cincuenta por ciento del exceso, que cifró en quinientas veinticinco mil pesetas, en concepto de retribución por sus servicios. La demandada, interpretando que aquella cantidad debió destinarse, según el tenor literal del documento, «para gastos, pagos y compromisos», ofreció al actor pagarle, como honorarios, doscientas cincuenta mil pesetas, pero esta oferta no fué aceptada.

El abogado demandó judicialmente las quinientas veinticinco mil pesetas, mientras que la demandada solicitó ser absuelta de la demanda. El Juzgado y la Audiencia, en sentencias conformes, condenaron a la demandada al pago de doscientas cincuenta mil pesetas. Interpuestos recursos de casación por ambos litigantes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos.

Dos han sido los temas básicos del pleito. El primero versa acerca de la interpretación del negocio jurídico celebrado por las partes. El Tribunal «a quo» entiende que la autorización concedida al autor por la demandada para aplicar libremente a los pagos, gastos y compromisos que llevarán consigo las negociaciones encomendadas hasta el cincuenta por ciento de la cantidad que excediese de dos millones quinientas mil pesetas, límite asimismo del precio de la finca que se vendió, no supone en manera alguna que esta suma le perteneciera, eximiéndole de justificar su inversión y destino, claramente previsto y señalado. La pretensión de percibir quinientas veinticinco mil pesetas sin justificar su destino, no puede prosperar. El Tribunal Supremo afirma que al razonar así, no se ha producido infracción de ley y que el negocio jurídico ha sido rectamente interpretado.

En cambio, la condena pronunciada contra la demandada, encuentra su fundamento en la fuerza de obligar nacida de los actos propios, pues al ofrecer, por vía de transacción, la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas, reconocía al menos esta cantidad como debida. El Tribunal Supremo estima también adecuado este razonamiento, que no infringe ni viola la doctrina de los propios actos.

Es, sin embargo, sumamente dudoso que una oferta transaccional no aceptada pueda considerarse «factum proprium» y vincule al oferente hasta el punto de constituir el módulo de determinación de una prestación contractual. En realidad, si el discutido pacto no era un pacto sobre determinación de la retribución —encubierto en forma más o menos eufemística— la única conclusión que puede obtenerse es ésta: existe un deber de pagar la remuneración, indeterminado en cuanto a su importe y esta indeterminación cuantitativa de la prestación contractual debía ser resuelta por el Tribunal acordando en favor del actor el valor objetivo o la justa estimación de los servicios efectivamente prestados.

En el pleito se ha discutido también acerca de la posible existencia de un pacto de cuota litis encubierto en el convenio referido. El tema queda sin dilucidar. El Tribunal Supremo afirma que las normas prohibitivas del pacto de cuota litis no han sido infringidas porque la sentencia recurrida no ha fundado su fallo en el pacto. (L. D. P.)

5. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REVISIÓN: DOCTRINA LEGAL: *A efectos del recurso de revisión, en la LAR no está equiparada la infracción de Ley a la de doctrina jurisprudencial, con motivo del mismo.* [S. 21 de diciembre de 1960, Sala 6.ª; no ha lugar.]

6. APLICACION DEL D. EXTRANJERO: *Cuando no se alega ni se acoge nadie en momento procesal oportuno a lo que dispone el art. 10, II C. c., los Tribunales no pueden declinar la aplicación de nuestras leyes, renunciando a su imperio, y de oficio eliminar el C. c. y aplicar el Derecho extranjero, que no tienen por qué conocer y que al no alegarse por los interesados ha de entenderse que prescinden o renuncian a su aplicación.* [S. 16 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

7. DERECHOS POTESTATIVOS: DECADENCIA POR FALTA DE EJERCICIO: *La omisión del ejercicio de un derecho potestativo condicionado a un plazo breve en interés de la seguridad jurídica, acarrea su pérdida.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: EJECUCIÓN DE UN LAUDO: *Siendo equiparables los laudos arbitrales a las sentencias, las resoluciones recaídas en el procedimiento de ejecución sólo pueden ser recurridas en casación por las laxativas causas expresadas en el artículo 1.395 LEC.* [S. 23 de mayo de 1960; no ha lugar.]

El tema de la decadencia de los derechos potestativos se plantea porque en el laudo arbitral, de cuya ejecución se trataba, se había reconocido a una de las partes la posibilidad de elegir entre los dos lotes formados para dividir una finca en el preciso plazo de dos días, estableciéndose que en otro caso la opción correspondería a la parte contraria. El Tribunal Supremo entiende, pues, que esta facultad de elegir concedida por los árbitros es un «derecho potestativo», que decae y se pierde por el transcurso del plazo sin haberlo ejercitado.

8. TÍTULOS NOBILIARIOS: MEJOR DERECHO: EXTRANJEROS: *La Ley de 4 de mayo de 1948 no excluye a los extranjeros de la posible aplicación de la legislación sobre títulos nobiliarios ni del disfrute de los mismos, previa su pertinente reclamación en forma legal, cuando por legítima sucesión les corresponde.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: PREFERENCIA Y MEJOR GRADO: *La consanguinidad y legítima descendencia como requisitos del mejor derecho han de acreditarse no respecto a quien de hecho haya sido el último poseedor, sino respecto a quien se estime que de derecho ha sido verdaderamente el último legal poseedor.* [S. 10 de octubre de 1960; no ha lugar.]

9. TÍTULOS NOBILIARIOS: MEJOR DERECHO: FALTA DE JUSTIFICACION DEL PARENTESCO: *No justificado el parentesco y entronque con el titular legítimo, no puede hacerse la declaración de mejor derecho solicitada.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: REHABILITACIÓN: EFICACIA: *El orden que en la rehabilitación se expresa, ha de respetarse en tanto en cuanto no se justifique el*

mejor derecho de un tercero respetado en la concesión. [S. 19 de octubre de 1935; no ha lugar.]

10. PERSONA JURIDICA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, si bien pueden ser estimadas como personas jurídicas, ha de ser con la condición de que la ley les otorgue y reconozca tal carácter, debiendo regirse por sus estatutos especiales o reglas de constitución, a los que han de acomodar el ejercicio de sus derechos civiles y, por tanto, no pueden reconocerse personalidad propia e independiente de la de los individuos que lo integran a un heredamiento de aguas carente de estatutos.* [S. 11 de marzo de 1958; ha lugar.]

Segun se reconoce en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, la comunidad de Aguas demandante en el presente pleito, a cuya demanda se opuso por la parte demandada la excepción de falta de personalidad por carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio y falta de personalidad en el Procurador por ilegalidad de poder (art. 533 2.ª y 3.ª LEC), no cumplió en su constitución lo preceptuado en el art. 228 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, reformado por la O. de 10 de diciembre de 1941 (constitución de una comunidad con las condiciones que libremente propongan dentro del espíritu de la legislación vigente y de las que darán cuenta a la correspondiente Jefatura de Aguas para su aprobación). Esta doctrina ya se había mantenido reiteradamente por las Salas de lo Contencioso-Administrativo (Sentencias de 6 de marzo de 1960, 14 de febrero de 1953, 22 de marzo de 1956 y 26 de octubre de 1953, entre otras) y por la misma Sala Primera en dos sentencias que cita la anotada, la de 5 de julio de 1913 y la de 15 de marzo de 1933. (R. I.)

11. PODER: SUSTITUCION: *Si el mandatario, haciendo uso de la autorización que se le había hecho para conferir poderes especiales, sustituyó a otras personas en el mandato a él conferido, desligándose de toda relación con el mandante, ello implica una sustitución en sentido propio o transferencia y no una mera delegación o subapoderamiento, debiendo entenderse que el poder para pleitos otorgado por los sustitutos a favor de procuradores, no constituye una nueva sustitución, sino el cumplimiento de un requisito para comparecer en juicio y que en nada afecta a la citada transferencia el fallecimiento del sustituyente.*

PODER: INTERPRETACION: IRREVOCABILIDAD: *Si el Tribunal «a quo» estimo que la cláusula discutida envolvía una mera prohibición de concurrencia por el mandante, mientras subsistiera el mandato y no una verdadera cláusula de irrevocabilidad, debe prevalecer tal interpretación al no impugnarse por la vía adecuada.*

PODER: FALTA DE PERSONALIDAD: *No puede ser tenida en cuenta dicha excepción, cuando se alega en el escrito de súplica, ya que el momento procesal oportuno, es el de contestación y al no hacerlo así, se infringe el artículo 548 LEC.*

INSCRIPCIÓN REGISTRAL: CANCELACIÓN: *Está cumplido el requisito del artículo 38, párrafo 2.º, L. H., cuando se hace la petición de cancelación por medio de otrosí, y la sentencia que la estima no incide en incongruencia.*

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA: *No puede tener eficacia la alegación de preceptos del Código civil argentino, cuando no se acredita ni su contenido ni su vigencia.* [S. 9 de mayo de 1958; no ha lugar.]

12. INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: Véase sentencia de 27 de junio de 1960. (Ver I, 4.)

13. SIMULACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: HEREDEROS VOLUNTARIOS: *La cualidad de herederos voluntarios no es suficiente para impugnar por simulación los contratos celebrados por el causante, pero si la acción de simulación fue inicialmente ejercitada por dicha causante pueden a su fallecimiento continuarla quienes son sus herederos universales.*

ACTOS PROPIOS: *Para que pueda aplicarse el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos» es preciso que se trate de acto eficaz en Derecho, y no lo es aquel que se impugna como constitutivo de simulación.* [S. 30 de mayo de 1958; no ha lugar.]

14. SIMULACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Puede estimarse su falta aunque no se haya alegado por la parte demandada, pues constituye un obstáculo insuperable para la resolución sobre el fondo, ya que solamente aquellos a quienes asista o pueda asistir un derecho pueden promover la declaración judicial tendente a su vindicación.*

Carece de legitimación activa el hijo, que impugna en vida del padre por simulación una venta realizada por éste, ya que sólo por la muerte del mismo adquiere condición de heredero, teniendo antes una mera expectativa de derecho. [S. 17 de octubre de 1958; no ha lugar.]

15. PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA: *No se puede combatir por separado la eficacia de una prueba determinada, cuando la Sala hace una estimación conjunta del resultado probatorio.*

PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA: *No se infringe el art. 577 LEC cuando el fallo no se funda en la prueba practicada fuera de término, sino en el conjunto de las obrantes en autos.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES DE INVENCION: FALTA DE NOVEDAD: *Es nula una patente, cuando el invento patentado había sido objeto con anterioridad de una patente inglesa y de otra española.* [S. 15 de febrero de 1960; no ha lugar.]

16. CONFESIÓN: INDIVISIBILIDAD: *Lo que constituye la prueba es el conjunto armónico de todo lo confesado, sin que sea posible impugnarla por suposiciones que no tengan fundamento y aun teniéndolo que se refieran a*

parte de la prueba pero no a su totalidad. [S. 20 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

17. DOCUMENTO NOTARIAL: *La intervención de Notario en las escrituras públicas sólo da fe de las manifestaciones vertidas por los otorgantes, pero no de que efectivamente hubo precio cuando se confiesa recibido por la vendedora.*

ERROR DE DERECHO: *El art. 1.248 C. c., al no imponer una regla de valoración probatoria, no puede invocarse como infringido para apoyar el error de derecho.* [S. 18 de marzo de 1960; no ha lugar.]

18. COSA JUZGADA: *Para que pueda apreciarse la excepción de cosa juzgada, es necesario que se alegue oportunamente y que quien la invoca acredite la existencia entre ambos litigios de la identidad que exige el art. 1.252 C. c., siendo necesario que la cuestión de fondo fuese resuelta en el proceso anterior, pues si la decisión de éste se fundó en la falta de presupuestos procesales (como la inadecuación del procedimiento seguido), es evidente que corregida ésta no cabe aducir la excepción.* [S. 17 de marzo de 1960; no ha lugar.]

19. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN: *La declaración del deudor de estar dispuesto a pagar unos honorarios en la medida que fuera justa y procedente constituye una renuncia tácita a la prescripción.*

EJERCICIO DE LA ABOGACÍA: REQUISITOS: ALTA EN LA CONTRIBUCIÓN: HONORARIOS: *Para poder ejercer la profesión de abogado y hacer efectivos los honorarios devengados en ella, es preciso hallarse incorporado al correspondiente colegio y estar dado de alta en la contribución industrial.* [S. 6 de junio de 1960; ha lugar.]

Con arreglo a esta doctrina sentada en segunda sentencia (la casación se produce por considerar el Tribunal Supremo renunciada la prescripción que el tribunal «a quo» había estimado), la falta de colegiación o de alta en la contribución hace inexigibles los honorarios de un abogado. No se distingue, con ello, dos situaciones que parecen claramente distintas: la situación administrativa o corporativa, en la cual la irregularidad podrá constituir una infracción y ser sancionada y la relación jurídica del abogado con su cliente, en la cual un servicio útilmente prestado, debe ser retribuido, pues en otro caso el cliente se enriquece sin causa. Cuestión distinta será determinar si el servicio ha sido o no útil al cliente, ya que la actividad del abogado puede quedar viciada por la irregularidad administrativa (v. gr., un acto procesal) o puede ser útil con independencia de ella (v. gr., una consulta, un asesoramiento o un dictamen). (L. D. P.)

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE LA PROPIEDAD: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS MUNICIPALES DE AMILLARAMIENTO: RECONOCIMIENTO DEL DOMINIO: *Ejer-*

ciada, no la reivindicatoria, sino la acción de declaración de la propiedad, si bien las simples inscripciones en los Registros municipales de amillaramiento de bienes inmuebles no constituyen por sí solas títulos de propiedad, hay que entender con la Sala sentenciadora que cuando en el caso de autos el causante de los demandados ordenó a uno de sus hijos que parte de los bienes que el primero poseía fuesen amillarados a nombre de su hermana, causante de los demandantes, reconoció que poseía bienes de aquella, que son precisamente los hoy en litigio, y este reconocimiento vincula a sus sucesores a título hereditario. [S. 6 de junio de 1960; no ha lugar.]

2. DESLINDE: DIFERENCIA CON ACCIÓN REIVINDICATORIA: No se ejercita la acción reivindicatoria, sino la de deslinde, aunque se pida en la demanda que se declare que la finca en cuestión pertenece en propiedad y posesión a los demandantes solamente a efectos del deslinde, pues ello es un presupuesto necesario para la acción que se ejercita.

DESLINDE TÍTULO: Tienen título hábil para pedir el deslinde, los que acreditan su derecho de propiedad sobre el inmueble, mediante dos escrituras públicas de compraventa inscritas en el Registro de la Propiedad.

INSCRIPCIÓN REGISTRAL: Inscrita en el Registro una escritura pública en la que se consigna un determinado lindero, «mientras nada se decida que contrarie la situación jurídica que resulta de la inscripción registral a favor de los demandantes... éstos tienen derecho a que se les respete en la posesión que a su favor presuponen tales asientos, y por tanto, a solicitar el deslinde que interesan en su demanda. [S. 25 de enero de 1958; no ha lugar.]

3. AGUAS: GASTOS DE LIMPIEZA DE ACEQUIA: Los regantes usuarios de aguas de una acequia, vienen obligados al pago en equitativa proporción, de los gastos que origine la limpieza y reparación de la misma, en virtud del artículo 233 p.º 1.º LEY DE AGUAS y no del artículo 422 C. c. que al remitirse a los artículos 420 y 421, carece de aplicación al citado supuesto.

AGUAS: COMPETENCIA: Versando los pretensiones del demandante sobre pago de cantidades por reparación y conservación de una acequia, declaración sobre abono de gastos que se hagan en lo sucesivo, pago de intereses por la cantidad no satisfecha y planteadóse problemas como el de la copropiedad que son propiamente civiles, son competentes los Tribunales ordinarios. [S. 28 de febrero de 1958; no ha lugar.]

3. DOMINIO DE LAS AGUAS: ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO: CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y PRESCRIPCIÓN: La existencia de una concesión administrativa no impide un derecho de aprovechamiento adquirido por prescripción, pues las concesiones se otorgan sin perjuicio de tercero.

DEMANDA: MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES EN EL ESCRITO DE RÉPLICA: Pueden modificarse las pretensiones, sin variar lo fundamental del debate. [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]

4. PROPIEDAD INDUSTRIAL: INVENCIONES DIVULGADAS: FALTA DE NOVEDAD: Es falta de novedad un invento, cuando ha sido publicado de manera que resultan conocidas los principios técnicos y detalles prácticos para su empleo.

aunque esta publicación se haya realizado en revistas profesionales de escasa difusión. [S. 11 de octubre de 1960; ha lugar.]

Se había demandado la nulidad de una patente de introducción que amparaba un sistema de apertura automática de puertas, accionadas por un mecanismo de aire comprimido, maniobrado mediante la combinación de una célula fotoeléctrica y un barrado de rayos luminosos. El tribunal de instancia había desestimado la demanda entendiendo que si bien el invento había recibido publicidad, ésta se había realizado en artículos publicados en revistas profesionales o técnicas de reducida difusión, por lo cual se trataba de una divulgación teórica».

El T. S. casa la sentencia recurrida, afirmando, acertadamente a nuestro juicio, que la publicidad que determina la falta de novedad de un invento, es no sólo aquello que lo hace llegar al público en general, sino simplemente la que suministra los principios técnicos y detalles prácticos que hacen posible la explotación, por las personas entendidas, únicas en realidad que pueden aprovecharse de ello. (L. D. P.).

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES DE INVENCION: FALTA DE NOVEDAD: (Véase sentencia de 15 de febrero de 1960. I, 15).

6. MONTES: PRESUNCION POSESORIA: CATÁLOGO: PRUEBA TESTIFICAL: *La cuestión referente a si por la prueba testifical puede destruirse la presunción de posesión que conforme al art. 1.º del R. D. de 1.º de febrero de 1901, supone la inclusión de un monte en el catálogo de los exceptuados de la desamortización por causa de utilidad pública, es de simple valoración de pruebas y no se puede plantear en casación al amparo del núm. 1º del art. 1.692 LEC por infracción del precepto citado.*

DOCTRINA LEGAL: JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo no constituyen doctrina legal en un litigio ventilado ante la jurisdicción ordinaria y conforme a los procedimientos de la LEC, máxime tratándose de un juicio de propiedad en que la posesión administrativa de los montes, cede ante la justificación de la propiedad de los particulares, e incluso ante la posesión de más de treinta años debidamente justificada.* [S. 28 de diciembre de 1957; no ha lugar.]

7. PRECARIO: *No se debe entender que supone siempre una tolerancia expresa o tácita del propietario, de forma tal que al desaparecer ésta por su oposición, desaparece el precario, quedando enervada la acción del dueño y mejorando de condición el precarista, sino que hay precario siempre que sin pagar merced se posee un inmueble sin título o con título ineficaz frente al diminical del actor.*

PRECARIO: POSESION A TITULO DE DUEÑO: *No es obstáculo a la acción de desahucio la pretendida posesión por el precarista durante más de un año, pues conforme al art. 431 C. c., la posesión mediata y real, la tenía el propietario sin que en ningún momento el precarista haya poseído en concepto de dueño, incompatible con el título arrendaticio que viene esgrimiendo.* [S. 13 de febrero de 1958; no ha lugar.]

8. PRECARIO: COMUNIDAD FAMILIAR: *No hay precario si como ha quedado acreditado, los que vivían en el piso de autos, lo hacían en régimen de comunidad familiar, pagando proporcionalmente los gastos del arrendamiento, aunque el contrato de alquiler estuviese a nombre de uno solo de ellos.* [S. 3 de julio de 1958; no ha lugar.]

Se trataba en el litigio que ha motivado esta sentencia, de dos hermanos que durante más de doce años viven juntos en el piso arrendado a nombre de uno, pero pagando todos los gastos proporcionalmente, según estimaron acreditado las sentencias del Juzgado y de la Audiencia y acepta la del Tribunal Supremo, por lo que en el considerando 1.º, califica tal connivencia de «régimen de comunidad familiar».

9. PRECARIO: SUBARRIENDO: *Dictada sentencia firme de desahucio por precario, no puede ser obstáculo a su ejecución la existencia de un subarriendo, aunque los subarrendatarios no hayan sido parte en el pleito, ya que no es necesario que sea citados ni emplazados y se hallan en la misma situación que el desahuciado, como causahabientes del mismo.*

No obsta a la doctrina anterior el que el subarriendo sea anterior a 1.º de abril de 1946, ni que por consecuencia de una sentencia firme que declaró la existencia del mismo, el arrendador hubiese percibido el recargo del 50 por 100 de la renta que autorizaba la Disp. Trans. 2.ª de la LAU de 1946, pues la subsistencia del subarriendo aún en tal caso está subordinada a la continuidad del arrendamiento. [S. 30 de septiembre de 1958; ha lugar.]

10. DESAHUCIO POR PRECARIO: LEGITIMACIÓN DEL ARRENDATARIO: *El arrendatario tiene la posesión real de la finca y puede ejercitar la acción de desahucio por precario según sentencias de 8 de julio de 1885 y 8 de mayo de 1911.* [S. 2 diciembre de 1960; no ha lugar.]

Se trataba de un pleito entre el arrendatario y un tercero: la legitimación del arrendatario en este caso puede fundamentarse en el art. 1.560, 1 Código civil, pues en la «perturbación de mero hecho» cabe incluir la conducta, no sólo del que despoja de la posesión o perturba en ella al poseedor arrendatario, sino también la del que, habiendo recibido graciosamente la posesión de la cosa arrendada, se resiste a devolverla al arrendatario. En cambio, la legitimación activa del arrendador en la misma hipótesis no resulta tan clara; del propio artículo 1.560, 1 C. c. se desprende que la obligación de garantía no incluye este caso; en la doctrina, la niega últimamente LATOUR BROTONS, *El desahucio por precario* en *Rev. Der. Judicial* 1 (1960) núm. 4, página 124. (G. G. C.)

11. ART. 38, PÁRRAFO II DE LA L. H.: *Se entienda pedida la nulidad o cancelación del asiento correspondiente, por el hecho de pedir que se inscriba la declaración de rescisión de una enajenación hecha en fraude de acreedores, ya que la inscripción existente constituye un obstáculo para que los bienes objeto de la enajenación realizada en fraude vuelvan al patrimonio del vendedor.* [S. 19 de noviembre de 1960; ha lugar.] (J. M. P.)

III. Derecho de Obligaciones.

1. MORA: DEUDA LÍQUIDA: INTERESES MORATORIOS: *La jurisprudencia de esta Sala se inspira en el principio «in illiquidis non fit mora», o sea, que los intereses de demora en las obligaciones de dar y de hacer no se deben con la prestación principal si ésta es ilíquida.*

MORA: DEUDA ILÍQUIDA: *La deuda consistente en pagar el valor en dinero de una determinada cantidad de mineral, es ilíquida a efectos de la mora, cuando las partes no fijaron previamente el precio y éste ha tenido que ser establecido por el Juez en la sentencia. [S. 18 de noviembre de 1960; ha lugar.]*

2. NOVACIÓN: CLÁUSULA PENAL POR DEMORA: *Extinguida por novación la obligación principal queda también extinguida la cláusula penal.*

3. NOVACIÓN TÁCITA: *Si durante la demora en la entrega de la obra, hubo modificaciones en ésta aceptadas por el dueño, sin pactar nuevo plazo o ratificar la subsistencia de la cláusula penal, aparece evidente la novación de la obligación primitiva con derogación de la pena inicialmente pactada.*

ACTOS PROPIOS: *Debe estimarse como acto propio que vincula al que lo realiza, la orden de modificar la obra cuando había ya vencido el plazo para realizarla. [S. 25 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PAGO DE INTERESES: *La obligación del pago de intereses como indemnización de daños y perjuicios surge cuando se produce la mora en el abono de la cantidad adeudada, que debe estar fijada exactamente y con carácter ejecutorio, por lo que infringe el art. 1.108 del Código civil la sentencia que reduciendo la cuantía de lo solicitado por el demandado en reconvencción, condena al pago de intereses desde la fecha de la citada reconvencción, cuando debió hacerlo desde la de su firmeza, que será al recurrirse en casación, aquella en que se dicte la sentencia del Tribunal Supremo. [S. 2 de octubre de 1958; ha lugar.]*

4. PREFERENCIA DE CRÉDITOS: TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: *El embargo no altera la naturaleza del crédito que lo motiva, y en consecuencia no puede prevalecer frente a una sentencia de remate de fecha anterior a aquella que se dictó en méritos del crédito que motivó aquel embargo, debiendo conforme al art. 1.924 ap. 3.º párrafo B. del C. c. estarse únicamente a la fecha de las sentencias para determinar la preferencia.*

No es obstáculo a la pertinencia de la tercería de mejor derecho, que funciona en todo procedimiento de apremio, la falta de declaración de quiebra o concurso, pues es inadmisibile la exigencia de que sólo en los procedimientos universales citados, puede resolverse la preferencia al cobro. [S. 27 de enero de 1958; no ha lugar.]

5. CONSIGNACIÓN: OFRECIMIENTO DE PAGO: *Cuando se trata del supuesto que regula, entre otros, el párrafo 2.º del art. 1.176 C. c., concurrencia de varios*

personas que pretenden ejercitar su derecho al cobro, la consignación por sí sola produce los efectos del ofrecimiento seguido de consignación a que se refiere el párrafo 1.º del art. citado. [S. 8 de mayo de 1958; no ha lugar.]

6. CESIÓN DE CRÉDITO: NOVACION OBJETIVA: *Los derechos de crédito han de estimarse en el Derecho moderno, como valores económicos susceptibles de tráfico, sin necesidad de novar sustancial y objetivamente, el vínculo obligatorio, que permanece inmutable, hasta el extremo de que la sucesión inter vivos del crédito, puede realizarse sin el consentimiento del deudor y aun contra su voluntad, pues la notificación no tiene otro contenido que hacerle saber la actual titularidad a efectos del pago.*

NOVACIÓN OBJETIVA: *Una supuesta rebaja de la merced arrendaticia es modificación que jamás se presume, y debe, por consiguiente, establecerse y probarse con claridad, aunque tenga el carácter de novación simple o débil por no variar la esencia del vínculo locativo. [S. 7 de julio de 1958.]*

7. CONTRATOS: OBLIGATORIEDAD: CONSECUENCIAS CONFORMES A LA BUENA FE: *Aunque no esté expresamente pactado, aquello que es necesario para la realización de la finalidad perseguida, debe estimarse dentro de la naturaleza del contrato conforme a la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas entre las partes. [S. 9 de abril de 1960.]*

8. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: (Véase sentencia de 1.º de julio de 1960, 11).

9. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *No sirve oponer a los hechos establecidos por el juzgador el criterio personal del recurrente, cuando es racional la admisión de aquéllos, aunque quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud.*

INTERPRETACION: PRESUNCION: SANA CRITICA: *Las reglas de la sana crítica no se pueden amoldar a normas preexistentes, porque envuelven un delicadísimo juicio de razón que ha de quedar reservado a la apreciación de la Sala de instancia, no sólo en cuanto a la estimación de la prueba necesaria para fijar el hecho base, fundamento de la presunción, sino también en relación con el enlace a que el razonamiento conduce.*

INTERPRETACION: IMPUGNACIÓN: DOBLE VIA: *Si bien la interpretación de los actos y contratos es exclusiva de los Tribunales de instancia, la opinión moderna, comenida en las últimas resoluciones de esta Sala, está conteste al declarar que tal facultad tiene acceso a la casación y puede conducir a un nuevo examen acerca de la significación y alcance de las cláusulas pactadas, cuando eficazmente se demuestra que el criterio sustentado por el juzgador es equivocado e infringe las normas legales aducidas para la formación del juicio interpretativo, lo que puede hacerse no sólo por la vía del número 7.º del art. 1,692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino también por el cauce*

del núm. 1.º de dicho artículo, ya se trate de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba (supuesto primero), ya de la infracción de las reglas que el Código civil dicta en sus artículos 1.281 y 1.289 (segundo supuesto). [S. 13 de febrero de 1960; estimatoria en parte.]

NOTA: Las sentencias de 25 de enero de 1958, 4 de noviembre de 1958, 7 de abril de 1959 afirman que la interpretación de los contratos sólo puede impugnarse a través del núm. 1.º del art. 1.692 LEC, como cuestión de derecho. La de 16 de octubre de 1957 (ADC. XI-3, 1958, pág. 989), establece la doble vía de los números 1.º y 7.º del art. 1.692 LEC (J. G. Y.)

10. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ACTOS POSTERIORES: *Para interpretar el sentido de un contrato debe atenderse a los actos de los contratantes posteriores al mismo.* [S. 11 de mayo de 1960; no ha lugar.]

En el pleito se discutieron otros extremos, pero a casación llega sólo el siguiente: doña María, don Nicolás y don Manuel otorgaron con un Banco escritura pública en la que don Nicolás reconocía adeudarles una cierta cantidad que era garantizada con bienes de los tres y, además, autorizaba al Banco para cobrar de un Ayuntamiento los derechos que contra él ostentaba como contratista de obras, pactándose que una vez cubierta la demanda el Banco lo comunicaría así al Ayuntamiento dejando en libertad al contratista para seguir cobrando.

Los demandantes reclamaron —entre otras peticiones que no hacen al caso— la devolución por el Banco de las cantidades percibidas del Ayuntamiento por encima de la deuda reconocida. Desestimada esta pretensión por la Audiencia, el T. S. declara no haber lugar al recurso porque «los actos posteriores... acreditan que el señor M. consintió y autorizó que, una vez cubierta su deuda, continuara percibiendo el Banco acreedor los demás créditos que a su favor tenía del Ayuntamiento... para atender otras deudas que la también recurrente, su hermana doña María, tenía con el Banco».

Una sola observación nos merece el problema: y es que en estos actos posteriores de don Nicolás, sin duda expresivos de su voluntad y, por tanto, vinculantes, más que medio de interpretación del contrato, eran en realidad constitutivos de una declaración tácita de voluntad (facta concludentia) que formó un nuevo negocio jurídico —el pago de las deudas de doña María con los créditos de don Nicolás—, pues su objeto era en rigor distinto del negocio que, mediante ellos, se dice interpretado. (L. D. P.)

11. CONTRATO ATÍPICO: ANTICIPO PARA CULTIVO: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Dada la interpretación del contrato realizado en instancia y no combatida en casación, no se infringe el artículo 1.124 del C. c. cuando se condena a devolver las cantidades anticipadas al contratante que incumplió la obligación de cultivar.* [S. 1 de julio de 1960; no ha lugar.]

Entre las partes se había celebrado un contrato en virtud del cual el demandado pondría en riego sus tierras dedicándolas al cultivo de remolacha, entregando el producto a los demandantes quienes lo pagaban a precio

determinado, que en parte se anticipaba para hacer posible el cultivo. El demandado había recibido los anticipos y no llegó a sembrar remolacha. El Tribunal Supremo entiende que no se producen las infracciones denunciadas en la sentencia que acordó la resolución del contrato. En cuanto a la naturaleza de éste, afirma que no se trata de un contrato de Sociedad civil, sino de un contrato atípico o de una compraventa de la cosecha, alternativa que el Tribunal Supremo no llega a resolver.

Parece más adecuada la calificación de contrato atípico que la de compraventa, pues el demandado no sólo se había obligado contractualmente a entregar una mercancía, sino a poner en riego las tierras, siembra, etc. y los demandantes no se limitaban a pagar el precio, sino que, en realidad, participaban en la financiación del cultivo. (L. D. P.)

12. COMPRA DE CASA ACOGIDA A LOS BENEFICIOS DE LA LEY SALMON: PÉRDIDA DE BENEFICIOS FISCALES, COMO GRAVAMEN OCULTO: *El adquirente, por compra, de un inmueble construido de acuerdo con la Ley Salmón, no puede reclamar la devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de haberse privado a dicho inmueble de los beneficios fiscales señalados en la referida Ley, ya que la pérdida de dichos beneficios no puede tener la consideración de gravamen oculto, particularmente si el propio comprador conoció y convalidó con sus propios actos las infracciones de la Ley Salmón que determinaron la pérdida del privilegio fiscal.* [S. 26 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

13. COMPRAVENTA: RESOLUCIÓN: AUTOMÓVIL IMPORTADO CLANDESTINAMENTE: *Puede resolverse la compraventa por incumplimiento del pacto expreso, contenido en el contrato, de facilitar la documentación en regla del vehículo vendido.* [S. 5 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

El demandante, comprador de un automóvil, pidió la resolución del contrato porque las autoridades administrativas lo habían incautado por tratarse de un vehículo importado clandestinamente, circunstancia, al parecer, desconocida también para el vendedor, que era ajeno a ella. En el contrato existía una cláusula resolutoria expresa si no facilitaba al comprador la documentación en regla. El contrato se declara resuelto por aplicación de esta cláusula, estimándose incumplida la obligación contenida en ella. Todo el pleito ha girado en torno a estos problemas. Cabe, sin embargo, pensar si nos hallamos en presencia de un supuesto de evicción, aunque estructurarlo sea difícil, ya que la privación de la cosa comprada no se ha producido por sentencia firme, sino por un acto administrativo, lo que ha hecho imposible la preceptiva notificación. (L. D. P.)

14. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: ALLANAMIENTO: *Si el demandado en la contestación se aviene a abonar determinada parte de la minuta, aunque discrepando de la cuantía, hay un allanamiento parcial, y el hecho de no haber propuesto y practicado prueba acerca de la cuantía de los honorarios, sólo a él le es imputable.* [S. 17 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

15. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE INGENIEROS AGRÓNOMOS: OBLIGACIÓN DE ABONAR HONORARIOS: *Si el proyecto tuvo plena realidad y fué aceptado y uti-*

lizado por los propietarios de la finca para transformarla en regadío, es un imperativo de justicia conmutativa la exigibilidad de la deuda del precio.

FIJACIÓN DE HONORARIOS: *La fijación de honorarios, si no existe pacto sobre este extremo, o reglamentación estatutaria «ad hoc», corresponde, como problema de hecho, al Tribunal «a quo»; las tarifas aprobadas por el R. D. de 13 de septiembre de 1919 sólo son aplicables a los trabajos ordenados por Jueces y Autoridades.*

DICTAMEN DEL CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS AGRONOMOS: *El dictamen emitido por el Consejo Superior de los Colegios de Ingenieros Agrónomos de no ser excesivos los honorarios, no tiene en casación la categoría de documento auténtico. [S. 20 de enero de 1961; no ha lugar.]*

16. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS:** Véase sentencia de 27 de junio de 1960. (Véase I, 4.)

17. **CONTRATO DE OBRA: OBJETO:** *El contrato de construcción de una pila para la fabricación de papel no tiene por objeto entregar una pila determinada, sino que se trata de una obligación de entregar no tal pila concreta, sino la que posea las características pactadas. [S. 28 de abril de 1960; no ha lugar.]*

18. **CONTRATO DE OBRA: PRESUPUESTO INICIAL Y AUMENTO DE LA OBRA:** *No pueden las partes ajustarse al presupuesto inicial cuando se han realizado obras no contenidas en la primitiva convención. [S. 28 de octubre de 1960; no ha lugar.]*

19. **ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: APARCERÍA: CALIFICACION:** *El contrato de aparcería no pierde su específica naturaleza, porque se pacte que, durante los primeros cinco años de vigencia, el aparcero no percibirá la parte que le corresponde de frutos, en compensación a los mayores gastos que supone el poner en cultivo la finca. [S. T. S. 12 de diciembre de 1960. Sala 6ª; no ha lugar.]*

20. **FIANZA: BENEFICIO DE EXCLUSION:** *La subsidiaridad de la fianza (conforme al art. 1822 C. c.) no tiene otra representación que el beneficio de exclusión o de orden que establece el art. 1.830 C. c., inaplicable conforme al art. 1.831 núm. 4, cuando el deudor principal no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio nacional.*

FIANZA: ACCION DIRECTA CONTRA EL FIADOR: *La facultad que confiere el artículo 1.834 C. c. al acreedor para demandar al deudor principal y al fiador, no se opone a que pueda ejercitar su acción contra el fiador, el cual podrá oponer todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, de las cuales pudo y debió tener conocimiento. [S. 25 de febrero de 1960; no ha lugar.]*

21. **RENTA VITALICIA CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN:** *Es válida la cláusula de estabilización en la renta vitalicia. [S. 31 de octubre de 1960.]*

22. ARBITRAJE DE EQUIDAD: EJECUCIÓN DE UN LAUDO: (Véase sentencia de 23 de mayo de 1960, I, 7.)

23. JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA JUECES Y MAGISTRADOS: REQUISITOS: *Si el demandante no reclamó contra la providencia en que se tuvo por parte al Abogado del Estado en el incidente por éste promovido de nulidad de actuaciones, limitándose a hacerlo, fundados en la carencia de la autorización de la Dirección General de lo Contencioso, en el acto de la vista, no se cumplió por parte de dicho demandante lo que exige el art. 903 LEC y la Sala demandada actuó debidamente al rechazar la excepción extemporáneamente alegada.* [S. 21 de febrero de 1958; no ha lugar.]

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO: ENTREGA DE LA COSA: RESCISIÓN: *La jurisprudencia ha declarado en repetidas sentencias que determinada la fecha de la entrega de la cosa cedida en arriendo, procede la rescisión del contrato, si llegada dicha fecha, el arrendador no la realiza, aun cuando trate de efectuarla con posterioridad.*

OBLIGACION DE ENTREGA: FUERZA MAYOR: *No es fuerza mayor que excuse del cumplimiento del deber de entrega de la cosa cedida en arriendo si que la misma se halle en poder de otro arrendatario si la parte arrendada dueña nada hizo para remediar tal situación de hecho.*

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE ENTREGA: INDEMNIZACIÓN: *Es exigible el rescarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de entrega, cuando se acredite la negligencia del obligado, sin que sea preciso acreditar la existencia de mala fe.* [S. 19 de mayo de 1960; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: PRORROGA VOLUNTARIA: PRUEBA: *No puede deducirse la existencia de prórroga del hecho de que el arrendador aceptase, varios días antes de interponer la demanda, la renta del mes correspondiente, pues esta aceptación no tiene otro alcance que el lógico de suponer se tiene derecho al percibo de la renta, en tanto que el inquilino disfruta de la cosa arrendada, pero en manera alguna, a falta de otros elementos, significa la existencia de prórroga contractual.*

PRESUNCIONES: VALORACION: *El art. 1.253 del Código civil carece de definidas reglas de valoración probatoria.* [S. 18 de febrero de 1960; desestimatoria.]

3. LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: *Los principios fundamentales del respeto a la propiedad y de la libertad de contratación han sufrido limitaciones esenciales por la LAU ante la necesidad de mantener al inquilino en el uso y goce de su vivienda como elemento necesario para su vida*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y ARRIENDO DE TEMPORADA: *El hecho de que en un contrato se diga que se arrienda el local para «almacén de naranjas», no supone que se trate de un arriendo de temporada si se acredita que, en la región levantina, se da dicho nombre a los locales destinados a la manufacturación de frutas, y del conjunto de las pruebas se infiere que en el local ejerce el arrendatario una industria normal, con obreros asegurados por años.* [S. 17 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: *Son arrendamientos de temporada los referentes a viviendas y locales de negocio que por motivos de conveniencia, comodidad o capricho y no por satisfacer necesidad alguna, y para ocuparlos discontinuamente, realiza el que, por cualquier título, ocupa habitualmente otra vivienda.* [S. 15 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INEXISTENCIA DE COMPLEJIDAD: PACTOS ESPECIALES: *No suponen complejidad bastante para excluir el arriendo de local de negocio del campo de la LAU: ni la autorización de realización de obras concedida al arrendatario, con la cláusula de que las efectuadas queden en beneficio de los propietarios, ni el pacto de indemnización para el caso de rescisión del arriendo, antes de su término por causa no imputable al arrendatario.* [S. 4 de noviembre de 1960; ha lugar.]

NOTA: En juicio declarativo de mayor cuantía se pidió la resolución de un contrato al que se calificó, por el actor, de complejo, prosperando la acción tanto ante el Juzgado de 1.^a Instancia como ante la Audiencia. Con indudable acierto el T. S. ha casado la sentencia, poniendo de manifiesto que no cabe parificar el supuesto en que se imponen al arrendatario obligaciones específicas respecto a la construcción o edificación en el inmueble arrendado, con los casos en que se faculta, simplemente, a dicha parte a la realización de obras y se le otorgan facultades como las reseñadas, que no desvirtúan la naturaleza de local de negocio correspondiente al arriendo de autos, ni suponen complejidad alguna excluyente de la LAU.

La tendencia inicial del T. S. a extender el campo de los arrendamientos complejos --con su secuela de exclusión de la LAU-- que se evidenció de modo alarmante en una sentencia de 29 de mayo de 1950, parece, a través de sentencias como la de 24 de octubre de 1959 y la reseñada, definitivamente superada. (J. P. R.)

6. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACTOS DE CONCILIACION: COSTAS; LEY APLICABLE: *El acto de conciliación celebrado en 1954 no implica el comienzo de la litis sino que significa más bien el comienzo de una gestión para el ejercicio de un derecho, pues se utilizó como medio de notificación de la oposición a la prórroga. Presentada la demanda estando ya en vigor la ley vigente a ella debe adaptarse el procedimiento «in toto» y, por tanto, lo referente a las costas.* [S. 28 de enero de 1960; ha lugar.]

7. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: SEDE DE GESTORÍA ADMINISTRATIVA: *El local arrendado constituye una vivienda aunque el inquilino ejerza en él la profesión de gestor administrativo.*

PLAZO DE DESALOJO: LAU: DERECHO INTERTEMPORAL: *Procede aplicar los plazos de desalojo de la Ley vigente si la acción se ejercita con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.* [S. 11 de marzo de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Corroborra esta sentencia, en cuanto a la calificación de los locales en que se desarrollen las actividades de gestores administrativos, el criterio de la sentencia de 25 de abril de 1956. Sobre despachos de Agentes Comerciales, véase sentencia de 23 de junio de 1930 (cfr. especialmente los resultados de esta última sentencia, sin los que no se tendrá una clara visión de la doctrina sustentada en la misma. (J. P. R.)

8. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO INTERTEMPORAL: INICIO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *El acto de conciliación por el que el arrendador requiere al arrendatario que abandone el inmueble previamente al ejercicio de la acción resolutoria por expropiación forzosa, constituye un acto de iniciación extrajudicial de ejercicio de la acción a efectos de las normas transitorias de la LAU.* [S. 8 de octubre de 1960; ha lugar.]

9. ARRENDAMIENTO URBANO: DERECHO TRANSITORIO: SUBARRENDANDO: FECHA: PRUEBA: *Llevando fecha de 1 de julio de 1946 la escritura de constitución de la sociedad, cuya existencia, por ende, no puede ser anterior a tal fecha, tampoco pudo transmitirse a ella el goce o uso del local en cuestión, seis meses antes de 1.º de octubre de 1946, como se requiere para la aplicación de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956.* [S. 9 de diciembre de 1960; desestimatoria.]

10. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CINE: RENTA ADELANTADA: *Pactada en el contrato de arrendamiento que la renta se abonaría por «anualidades adelantadas», quiere ello decir que debía hacerse al comienzo de cada período anual, siendo sinónima la expresión de adelantar un pago y la de anticiparlo por lo que no cabe entender que la supresión primero, supone, a diferencia de la segunda, posibilidad de pagar durante todo el año hasta el mismo día anterior a su vencimiento. No se modifica la obligación del arrendatario porque el arrendador haya tolerado algún año el pago de la renta después del tiempo pactado.* [S. 12 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

11. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL OTORGADO POR ADMINISTRADOR JUDICIAL: *Arrendado el inmueble por un administrador designado por el Juzgado de Responsabilidades Políticas, queda resuelto el contrato al levantarse el embargo por haber cumplido el propietario la sanción impuesta, ya que conforme al art. 58 de la Ley de 9 de febrero de 1939, recobra éste la libre disposición de los bienes, sin que ello suponga antinomia con el art. 70 LAU de 1943, precepto genérico no aplicable a este supuesto.* [S. 4 de julio de 1958; no ha lugar.]

12. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR USUFRUCTUARIO: *Convenido el arrendamiento por el administrador de la usufructaria, fallecida ésta quedó extinguido el usufructo y resuelto el arrendamiento, que no puede obligar al nudo propietario al consolidar el pleno do-*

minio, al no ser causahabiente de quien arrendó, todo ello conforme al artículo 480 C. c., no derogado por el 70 LAU de 1946.

No obsta a la resolución el que se omitiese consignar en el contrato que se otorgaba en nombre de la usufructaria, aludiendo sólo al propietario, porque tal vocablo se emplea como equivalente al de titular del derecho de usufruto, y en todo caso el silenciar la condición del usufructuario, no puede perjudicar al nudo propietario.

TÁCITA RECONDUCCIÓN: *No es aplicable al caso debatido, pues el contrato de arriendo, terminó de derecho al fallecimiento de la usufructuaria y la tácita reconducción sólo opera cuando la relación contractual se mantiene entre los mismos sujetos que la crearon, máxime si el demandado no percibió renta alguna.* [S. 27 de junio de 1958; no ha lugar.]

No eran aplicables en este litigio, los preceptos de la LAU de 22 de diciembre de 1955, texto articulado de 13 de abril de 1956, art. 57 y 114, causa 12.^a, que establecen en este punto una regilación distinta al criterio reiteradamente mantenido por el Tribunal Supremo. (R. I.)

12 bis. ELEVACIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA: REQUISITO DE NOTIFICACIÓN PREVIA: *La notificación por el arrendador, al arrendatario, de la elevación de renta y su fundamento, es un elemento constitutivo y requisito esencial del derecho de elevación de renta atribuido al arrendador.* [S. 3 de noviembre de 1960; ha lugar.]

ANTECEDENTES: El arrendador, sin notificación previa, pasó al cobro de los recibos con la renta incrementada; el arrendatario rehusó abonarlos durante todo el año 1957 y durante el año siguiente abonó las rentas vencidas al tipo exigido, sin expresar su conformidad con el incremento y dedujo la acción revisoria origen del litigio a los 49 días de realizar el pago. El Juzgado de 1.^a Instancia dió lugar a la demanda, la Audiencia revocó la sentencia y el T. S. dió lugar al recurso confirmando la decisión de 1.^a Instancia.

13. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NULIDAD VENTA DE PISO: PRECIO EXCESIVO: *A los efectos del art. 67 LAU de 1946 hay que entender como renta pactada no sólo la que se convino en el contrato inicial de arrendamiento, sino también los aumentos acordados posteriormente por arrendador e inquilino como compensación de obras realizadas por el primero, y a cuya ejecución no estaba obligado y con exclusión, desde luego, de los aumentos establecidos por la Ley.*

No afecta a la única causa de impugnación que el art. 67 LAU de 1946, admite (excesividad del precio) la reserva por el vendedor del derecho a elevar nuevas plantas en la finca de que forma parte el piso transmitido. [S. 19 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

14. ARRENDAMIENTO URBANO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ABUSO DE DERECHO: *No hay abuso de derecho en la denegación de la prórroga, al hacerse con justa causa (necesidad del propietario), prevista en*

ia Ley, como situación preferente a la del inquilino, a quien la Ley concede, además, una indemnización por el perjuicio que se le cause.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DONACION DE PISO ARRENDADO: Consumada la transmisión de la propiedad del piso mediante escritura notarial en 1953. en la que se hizo la donación y fué aceptada. los derechos derivados de ella no se encuentran limitados ni afectados por ninguna disposición legal posterior.

ARRENDAMIENTO URBANO: LEY DEROGADA: ANALOGÍA: Ninguna analogía se aprecia entre los casos previstos respectivamente en los arts. 77 y 68 de la Ley anterior, referente el primero a las causas de denegación de la prórroga de arrendamientos, y el segundo a los casos de venta por pisos de un inmueble, limitación extendida después a las donaciones por la vigente Ley. [S. 30 de septiembre de 1960; desestimatoria.]

NOTA: Los propietarios de un piso arrendado lo donaron en 1953 (por consiguiente, bajo el imperio de la LAU derogada) a una hija de los mismos. Esta, en 1957 (rigiendo ya la nueva Ley), deniega la prórroga legal, alegando necesitar para sí la vivienda, por razón de su proyectado matrimonio. El recurrente —inquilino a quien se denegó la prórroga— alega que los propietarios donantes eran también propietarios de otras viviendas análogas, en la misma población, que no se encontraban arrendadas, como lo estaba la que constituyó el objeto de la donación.

La argumentación principal del recurrente se basa, según podemos esquematizar, en dos puntos: 1.º Entender que, si bien la donación se realizó antes de la vigencia de la Ley actual (con arreglo a la cual la donación debía de haberse ajustado a lo dispuesto en el art. 54. 2. de la misma), debe ésta aplicarse, desde el momento en que los efectos, en relación al tercer arrendatario, surgen cuando ya estaba en vigor dicha Ley.

2.º Si no se estimase aplicable la Ley de Arrendamientos urbanos vigente, incluso con la anterior Ley debería reputarse inválida la denegación de prórroga, no sólo porque existe un abuso de derecho (como se hizo constar, existían viviendas análogas, no habitadas, o arrendadas sólo por temporada), sino porque la Ley derogada (art. 13), al igual que la actual (art. 8), ordenaba la aplicación de sus preceptos por analogía. Según esto, estima el recurrente que debió de haberse aplicado lo dispuesto en el art. 68 de la Ley derogada, que se refería a las ventas por pisos, en razón a la analogía que afirma existe entre el caso de venta y el de donación.

Parece más difícil rechazar la analogía entre el art. 68 de la Ley anterior y el supuesto contemplado de donación. A la norma precisa y semejante, que aquél artículo representa, se añade la finalidad, o *ratio iuris* de la misma, (V. CASTÁN y CALVILO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I, Madrid, 1956, pp. 54 y siguientes, especialmente, pág. 58).

Como queda consignado, el Tribunal Supremo desestima el recurso en todas sus partes, negando la existencia de analogía. Pero, es preciso hacer constar acerca de este extremo que el Tribunal Supremo advierte que como sobre él no hubo alegaciones ni pruebas en las instancias del pleito, ni, por ello, nada se resolvió al respecto en las sentencias, no puede ahora plantearse el recurso, ya que constituye una cuestión nueva. (J. G. Y.)

(V. también el fallo negativo de la S. 10 de junio de 1950, en este mismo número.)

15. ARRENDAMIENTO URBANO: ANALOGÍA: Es requisito esencial para que rija el principio de analogía que no exista disposición aplicable al caso debatido.

ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ANALOGÍA: *No procede aplicar por analogía los artículos 68 y 79, cuando, en verdad, existe toda una sección, la segunda del capítulo VIII, dedicada a regular la materia de ocupación por el propietario de una vivienda o de un local de negocios por necesitarla para sí.* [S. 10 de junio de 1960; desestimatoria.]

NOTA: La donación del piso arrendado se verificó cuando ya hacia cuatro meses que se había publicado la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y unos días de la publicación del decreto de 13 de abril de 1956 articulando ésta. Frente a la denegación de prórroga por necesidad del nuevo propietario, se alega la analogía con lo dispuesto en los artículos 68 y 79 de la Ley anterior, y el fraude de ley que, de otro modo, se podría producir.

Aceptada, la validez de la donación y especialmente su eficiencia frente al arrendatario, es enteramente aplicable el capítulo VIII, sin que pueda darse problemas de prelación ya que no tiene el propietario más que una vivienda. Pero, el problema de analogía surge antes, respecto de si la donación es análoga a la venta y, en consecuencia, debe aplicarse a aquélla la previa selección de viviendas entre las de que disponen los donantes. [Cfr. S. 30 de septiembre de 1960; en este mismo número.]

16. **PRÓRROGA LEGAL Y PRÓRROGAS CONTRACTUALES:** *Son ineficaces las cláusulas por las que se pactan prórrogas contractuales, respecto a los arriendos sometidos a la LAU, ya que, tras la expiración del plazo previsto en el contrato, la continuación de éste sólo puede entenderse producida a virtud de la prórroga legal.* [S. 25 de octubre de 1960; ha lugar.]

NOTA: El demandado había alegado, frente a la denegación de prórroga la circunstancia de que, según el contrato, una vez expirado el plazo inicial, se prorrogaba el arriendo, salvo denuncia anticipada por alguna de las partes, hecho que no se había producido con anterioridad a la demanda; según el demandado, la prórroga legal no se inicia sino una vez expirada la prórroga convencional, tesis rechazada por el Tribunal Supremo que, habiendo ya declarado, anteriormente la incompatibilidad de la tácita reconducción con la prórroga legal afirma ahora, la incompatibilidad con ésta de la prórroga convencional (J. P. R.).

17. **NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *El quebrantamiento de la salud del propietario arrendador, progresivamente en aumento a partir de la locación del piso y erigiendo su recuperación una vida independiente y no como huésped o requilado del arrendatario, constituye uno de los casos de necesidad para fundar la oposición a la prórroga del contrato de arrendamiento* [S. 16 de mayo de 1960; no ha lugar.]

18. **NECESIDAD DEL PROPIETARIO:** *La residencia en un pueblo y la explotación directa de un negocio en la capital de su provincia, obligándole al desplazamiento diario desde el poblado que habita hasta la ciudad en que trabaja, constituye un caso típico de la necesidad del propietario que permite*

excepcionar el derecho a la prórroga forzosa del inquilino. [S. 1 de abril de 1960; no ha lugar.]

19. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: Reconocida la cualidad de dueño del actor y la necesidad de ocupación, no puede prevalecer ni oponerse a su ejercicio la propia necesidad del inquilino, ya que el supuesto legal se desarrolla exclusivamente sobre la necesidad del propietario. [S. 16 de mayo de 1960; no ha lugar.]

20. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: El matrimonio de la propietaria arrendadora de un local constituye la causa de necesidad que como excepción a la prórroga legal establece el apartado 1.º del artículo 82 de la L. A. U. ya que el matrimonio exige un hogar de instalación distinto al de los padres, ya que la formación de una nueva familia requiere cierta independencia. [S. 12 de febrero de 1960; no ha lugar.]

21. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: La realización de obras en un piso de su propiedad tendentes a disminuir su capacidad e impidiendo una normal instalación con la separación que exigen las diferencias de sexo y edad, no pueden ser base suficiente para oponerse a la prórroga del arrendamiento de otro de los pisos en base a una situación de necesidad que no es auténtica sino preparada. [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ESTADO ARRENDADOR: Al Estado le basta manifestar su deseo —no 'necesidad'— de instalar en el local sus servicios, sean los que venía prestando, sean otros nuevos, sin que la Ley limite sus atribuciones de gestor del interés general. [S. 4 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTO URBANO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: Alegada la necesidad del propietario, fundada en la convivencia con otro inquilino, en nada desvirtúa este hecho porque este otro inquilino sea tía carnal de la actora, pues éste vínculo consanguíneo no obliga la convivencia. [S. 20 de agosto de 1960; desestimatoria.]

24. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: La necesidad del propietario arrendador que permite oponerse a la prórroga forzosa juega de una manera absoluta. es decir, con independencia de ser una situación motivada por causas intrínsecas o extrínsecas a su voluntad. [S. 12 de marzo de 1960; no ha lugar.]

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLAZO. TEMPORALIDAD: Del art. 1.543 C. c. se desprende el carácter temporal del arrendamiento, siendo el término indefinido compatible con su naturaleza, pues implicaría una desmembración del dominio y por ello es esencial la fijación del plazo por lo que cuando no se fija por las partes, se establece en el art. 1.581 C. c.

EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: CAUSA 2.ª DEL ARTÍCULO 76 LAU DE 1946: La falta de necesidad de las obras proyectadas, es estimación que corresponde

exclusivamente a la autoridad gubernativa; ha de demostrarse de manera palmaria que el proyecto de derribo es ficticio, para que no prospere por tal motivo la citada causa de excepción. [S. 21 de mayo de 1958; ha lugar.]

23. DECLARACIÓN DE CASA RUINOSA: DERECHO DE RETORNO: *Una casa cuyos pisos estaban arrendados, declarada ruinosa por acuerdo municipal de marzo de 1943, está regida, en lo referente a derechos arrendaticios, por la Ley de 29 de diciembre de 1931 y el Decreto de 21 de enero de 1936, que limitaban el derecho de retorno al derribo voluntario pero no a la pérdida de la cosa arrendada por un suceso independiente de la voluntad del arrendador, caso en que por aplicación supletoria del C. c. quedaría extinguida la obligación. [S. 30 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

27. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: JUSTA CAUSA: *La muerte del encargado o gerente del negocio que se desarrolla en el local de autos y el embargo por la Magistratura del Trabajo del derecho de traspaso y mercaderías constituye causa justificada del cierre del establecimiento por más de seis meses. [S. 8 de junio de 1960.]*

28. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: INDUSTRIA PARALIZADA POR FUERZA MAYOR: *La LAU deja al arbitrio judicial la estimación de causas justificativas que demuestren que el desempleo de un local no es revelador de una falta voluntaria de dedicación o necesidad del mismo, sino ajena a la voluntad del arrendatario, al que no le es imputable. Hay justa causa en la paralización de actividades industriales por falta de materias primas no imputable al arrendatario. [S. 14 de noviembre de 1960; lo ha lugar.]*

29. ARRENDAMIENTO URBANO: CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: ALMACÉN: *No se infringe el art. 5.º, 2, de la Ley de Arrendamientos urbanos de 1956, que permite a los almacenes no estar abiertos al público, cuando lo que declara la sentencia es que el local ha permanecido cerrado totalmente y está abandonado a todo uso. [S. 17 de diciembre de 1960; desestimatoria.]*

30. NO USO: JUSTA CAUSA: *Si bien por la demanda fué alegada como razón justificativa del cierre la enfermedad que padecía, ello no puede estimarse como justificativa del mismo porque tal enfermedad imposibilita a la demandada para la apertura del local en lo sucesivo, según declara el Tribunal «a quo». [S. 22 de junio de 1960; no ha lugar.]*

31. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: «NUMERUS CLASUS» CONVIVENCIA DE EXTRAÑOS: *No cabe admitir otras causas de resolución del arrendamiento regulado por la LAU, que las enumeradas y fijadas por ésta: se violaría este principio si se equiparase, a causa de subarriendo, la mera convivencia con el arrendatario, de otras dos personas.*

CASAS ACOGIDAS A LA LEY SALMÓN: NORMAS RESTRICTIVAS DE LA TRANSMISIÓN DEL «IUS UTENDI»: *Aunque el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1955 prohíbe el*

subarriendo y la cesión de las viviendas de régimen especial y aún la simple convivencia, con el inquilino, de personas extrañas al mismo, no es posible aplicar, por analogía, al hecho de la convivencia de extraños la causa resolutoria de subarriendo de la LAU. [S. 5 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

32. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: «NUMERUS CLAUSUS» DE CAUSAS: INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PACTADAS: *El art. 114 de la LAU, excluye la alegación de cualquier otra causa, no siendo posible acumular a las de la LAU las causas resolutorias del Código civil como la infracción de condiciones contractuales, ello sin perjuicio de las acciones enderezadas al cumplimiento de lo pactado e indemnizatorias en su caso.* [S. 13 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO INCONSENTIDO: *El haber girado a nombre de un tercero el negocio establecido en el local arrendado, quien lo comunicó así por circular y firmó recibos y facturas, constituye una interposición de su persona en dicho local, sin los requisitos exigidos por la Ley, y al margen del propietario, por lo que se incide en la causa quinta de resolución del contrato de arrendamiento urbano del artículo 114 de la Ley vigente.* [S. 18 de mayo de 1960; desestimatoria.]

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBA: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Necesita fundarse en actos concluyentes e inequívocos que no ofrezcan la posibilidad de diversas interpretaciones.*

34. SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO: *Según el art. 22 de la Ley de Arrendamientos urbanos, no basta para el subarriendo de locales de negocio el mero consentimiento tácito, sino que es preciso siempre la autorización expresa y escrita.*

RESOLUCIÓN: CITACIÓN DEL SUBARRENDATARIO: *A pesar de que la resolución de un contrato de arrendamiento sólo exige la citación al arrendatario para que la relación procesal quede perfectamente constituida, fuera de aquellos casos en que la Ley imponga expresamente otra cosa, puede citarse siempre al subarrendatario, como interesado en tal resolución, ya que ello no puede menoscabar los derechos del arrendador y arrendatario ni afectar a su situación en el pleito, ni a la resolución que procede dictar.* [S. 25 de noviembre de 1960; desestimatoria.]

35. SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: DOMICILIO PERSONA JURÍDICA: *La fijación de domicilio conforme al art. 41 C. c. es requisito esencial en la constitución y vida de las personas jurídicas, debiendo presumirse que cuando una sociedad lo señala al constituirse, o lo modifica luego, ello responde a una realidad y no a una ficción, por lo que si con ello tiene lugar la introducción en el local arrendado en convivencia con el arrendatario de una persona distinta de éste, procede la resolución conforme a la causa 2.ª del art. 149 LAU de 1946.* [S. 10 de junio de 1959; ha lugar.]

36. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILÍCITO: FUSIÓN DE SOCIEDADES: INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVACIÓN DEL RECURSO: *La cuestión relativa a la fecha en que se*

produjo un traspaso por fusión de sociedades es cuestión de derecho si el recurso se basa, para demostrarlo, en una determinada interpretación de la escritura de fusión, siendo, por ello, improcedente, la motivación del recurso al amparo de la causa 4.ª del art. 136 LAU (error de hecho). [S. 4 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

NOTA: El actor basó su demanda en la fusión de la sociedad arrendataria con otra, operada por escritura otorgada en 21 de noviembre de 1956, siendo aprobada la fusión en 4 de abril del año siguiente e inscrita en el Registro el día 16 de septiembre del año 1957. La demanda resolutoria se presentó el 27 de agosto del propio año. Frente a la tesis de la parte actora que entendió consumado el traspaso, con el otorgamiento de la escritura, el demandado sostuvo que, dada la necesidad de autorización gubernativa y de inscripción, la adquisición de personalidad por el ente resultante de la fusión no se había producido con anterioridad a la demanda. El olvido por la parte recurrente de la improcedencia de la invocación de la causa 4.ª para combatir interpretaciones jurídicas que sirvan de base a declaraciones de hecho ha impedido que el Tribunal Supremo haya podido pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, aunque no es aventurado suponer que dada la corriente jurisprudencial que considera traspaso la aportación del derecho arrendaticio a sociedades, aun de tipo irregular, el recurso hubiera sido desestimado en cuanto al fondo. (J. P. R.)

37. TRASPASO: TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *No constituye traspaso ni es causa de resolución, el hecho de que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada transfieran la totalidad de sus participaciones sociales a tres sociedades anónimas si la transferencia no afecta a la personalidad de la entidad arrendataria, que sigue subsistiendo. [S. 21 de noviembre de 1960; ha lugar.]*

NOTA: Ratifica esta acertada sentencia la doctrina de las de 14 de octubre de 1959 y 15 de febrero de 1957 en las que se había negado que la transferencia de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada pudiera fundamentar el ejercicio de acciones resolutorias. Esta doctrina no puede considerarse extensiva al supuesto de transmisiones de cuotas en comunidades arrendaticias, sin personalidad jurídica, respecto al cual debe entenderse vigente la doctrina de las sentencias de 15 de marzo de 1956 y 19 de octubre de 1957 que entendió que dichas transferencias implicaban la existencia de un traspaso. (J. P. R.)

38. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: SUPUESTO CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: *El contrato por virtud del cual el arrendatario de un local de negocio concierta la explotación en común, con un tercero, del negocio instalado en el local, atribuyéndose a ambos idénticos derechos de disposición y gestión respecto al mismo, no puede considerarse como contrato de cuentas en participación, procediendo, por ello, la resolución del contrato de arriendo, con base en la causa de cesión ilícita. [S. 20 de diciembre de 1960; no ha lugar.]*

39. TRASPASO ILEGAL: COMUNIDAD: *Existe traspaso cuando arrendado el local a dos arrendatarios conjuntamente y mediante el pago de una sola renta, uno de ellos cede al otro su parte, pues resulta evidente que un tercero sustituye a la comunidad primitiva en el arrendamiento y si no se han observado los requisitos del art. 45 LAU de 1946, procede la resolución del contrato. [S. 22 de noviembre de 1958; ha lugar.]*

40. SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *Del hecho real de la existencia de terceras personas en distintos apartamentos del local cuestionado, se infiere que los arrendatarios demandados han cedido el uso.* [S. 15 de junio de 1960; no ha lugar.]

41. CESIÓN O SUBARRIENDO: DOMICILIACIÓN DE SOCIEDAD: *La domiciliación de una sociedad en el piso del que es arrendatario uno de los socios de aquélla, es causa de resolución si se realiza sin consentimiento del propietario del inmueble.* [S. 18 de abril de 1960; no ha lugar.]

42. ARRENDAMIENTO URBANO: OCUPACIÓN POR TERCERO: CONOCIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No cabe inferir el consentimiento del arrendador de su conocimiento de la ocupación, pues, no todo lo que se conoce se quiere o se comiente.* [S. 16 de mayo de 1960; desestimatoria.]

43. LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Implica traspaso todo cambio subjetivo y, por ello, procede la resolución cuando sin autorización del propietario se introduce tercera persona ajena a la relación jurídica arrendaticia en la ocupación total o parcial del local arrendado sin que obsten a la misma los vínculos familiares existentes entre el arrendatario y el nuevo ocupante ni razones de índole económica como la ausencia de precio o la confusión de beneficios entre dichas personas.* [S. 5 de febrero de 1958; no ha lugar.]

44. LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: *No puede estimarse autorizada por el arrendador una obra aunque exista autorización de ejecutar las que se estimen necesarias, cuando se hubiese reservado el derecho de aprobarlas antes de comenzar su ejecución.*

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CALIFICACIÓN: *La montura acristalada instalada en el patio de una finca crea una habitación cerrada, cambiando la estructura de lo locado. El dictamen pericial no puede acreditar, por exceder de su competencia técnica, si las obras realizadas modifican la configuración del local, por ser este un concepto abstracto y no un puro hecho material sometido a las leyes de la física.* [S. 30 de mayo de 1960; no ha lugar.]

NOTA: Concuere da con la sentencia 3-6-1959 (ADC, XII-IV, pág. 1458).

45. OBRAS NO AUTORIZADAS: CONFIGURACIÓN: *La colocación de una puerta de corredera y supresión de unos cristales en una hornacina, vitrina o escaparate existente en una pared interior si que aquella haya sido aumentada, y la ampliación de dos escaparates y construcción de un armario al lado de uno de ellos, permaneciendo intactos y sin alteración alguna el techo y la totalidad de las paredes del local en cuestión, sin que para desmontarlos sea preciso no ya demoler ni siquiera quebrantar o deteriorar las paredes ni el suelo ni el techo del local, no pueden estimarse como modificativas de la configuración del inmueble.* [S. 9 de mayo de 1960; no ha lugar.]

46. OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Para que las obras alteren las condiciones de un edificio, basta con que modifiquen la forma o estructura de la cosa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma, o, en general, que produzcan un cambio esencial y sensible y no meramente accidental o de detalle.*

CARGA DE LA PRUEBA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS: *Las Ordenanzas Municipales de la edificación de Madrid, no son preceptos de carácter civil, sino disposiciones de orden administrativo, cuya infracción no puede ser invocada en un recurso de injusticia notoria.* [S. 6 de junio de 1960; no ha lugar.]

47. OBRAS NO AUTORIZADAS: CONFIGURACIÓN: *Altera la configuración las obras que impiden la utilización de un frontón para el juego de pelota.* [S. 22 de abril de 1960; no ha lugar.] ,

48. ACTIVIDADES INMORALES: FAMILIA LEGÍTIMA: SUPUESTO CONCUBINATO: *No puede considerarse como actividad inmoral, a efecto de la resolución del contrato, el hecho de que el arrendatario, que inicialmente usaba la vivienda como domicilio conyugal, tras la sentencia de separación, por adulterio propio, haya instalado en la vivienda a su hija ilegítima, y a la madre de ésta, con las que convive, sin escándalo y con la corrección de vecinos corrientes.* [S. 13 de octubre de 1960; ha lugar.]

NOTA: La doctrina de esta sentencia —de extensa fundamentación que conviene leer en su integridad— basa, esencialmente, el fallo absolutorio en la circunstancia de que, con las personas sospechadas de continuar la relación adulterina, viva la hija de las mismas. Queda en pie la cuestión de si la simple convivencia concubinaria del inquilino con otra persona, puede encuadrarse en la causa 3.^a del artículo 114 de la LAU, problema ciertamente de muy difícil solución, tanto de *lege ferenda* como de *lege data*; la orientación de los Tribunales de instancia —tanto el Juzgado de 1.^a Instancia como la Audiencia Territorial habían dado lugar a la resolución, así como algunas consideraciones de la sentencia del Tribunal Supremo, pueden hacer gravemente peligrosa, para el inquilino, la convivencia con otra persona, en forma tal, que implique claramente, la existencia de una relación concubinaria. Nótese que en dicha sentencia se dice que en el caso de que el inquilino y la mujer que con él convive, hubieran convivido solos, habría una presunción vehementísima, dados los antecedentes, de un proceder ilícito e inmoral (J. P. R.).

49. ACTIVIDADES PELIGROSAS: *Para que la resolución prospere es preciso que los hechos determinantes de la misma fueren ignorados por el actor en el momento de la celebración del contrato, o al producirse la subrogación o continuación de los derechos del inquilino o arrendatario.*

TRASPASO: CARENCIA DE PRUEBAS: *Al fallecimiento del primitivo arrendatario advinieron legalmente arrendatarios su viuda e hijos, sin que el hecho de no haberse incluido en las escrituras de aceptación de herencia dicho arrendamiento sea causa suficiente para justificar la existencia de un traspaso, realizado por los hijos en favor de la madre, como tampoco lo son el haber sido nombrada la madre revendedora de petróleo por la Compañía arrendataria de este Monopolio, y el figurar a nombre de aquélla el teléfono del local en cuestión.*

PRESUNCIONES: ESTIMACIÓN E IMPUGNACIÓN: *La estimación de las Presunciones incumbe al Tribunal sentenciador, padeciendo únicamente prosperar los recursos de casación o de injusticia notoria, cuando se impugne la existencia del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas interminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.* [S. 5 de octubre de 1960; desestimatoria.]

50. **CAMBIO DE TIENDA EN ALMACÉN: PRESUNCION DE AUTORIZACION:** *Dados los términos de la carta en la que el arrendador autorizó al arrendatario para sustituir el escaparate existente en la fachada principal de la casa, donde radica el local arrendado, por puertas de entrada y la coincidencia de fechas entre la que lleva dicha carta y la en que se verificó el cambio de destino de la tienda en almacén, debe presumirse que la expresada autorización implicaba el consentimiento del arrendador para que el arrendatario pudiera verificar tal cambio.* [S. 11 de noviembre de 1960; desestimatoria.]

NOTA: El Tribunal Supremo establece dicha presunción habida consideración a que el escaparate de un establecimiento comercial tiene como exclusivo objeto llamar la atención al público sobre el destino del local, por lo que no es lógico suponer que el propietario que autoriza la supresión pueda pensar que, después de ello, pueda continuar en la clandestinidad el destino que el escaparate proclamaba. (J. G. I.).

51. **LOCAL DE NEGOCIO: LEY VIGENTE: RESOLUCIÓN: ACTIVIDADES INMORALES:** *La característica del texto legal vigente es que las actividades inmorales se desarrollan en el interior del establecimiento cuyo contrato de arrendamiento pretende resolverse.* [S. 30 de junio de 1960; estimatoria.]

Se trataba de un local dedicado a la venta de vinos y comidas. Como dice el recurrente, de nada valen los esfuerzos probatorios tendentes a dejar demostrado que en la calle escandalizaban y reñían personas que salían del establecimiento en cuestión.

52. **RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR RUINA: RUINA INCIPIENTE:** *La ruina incipiente y parcial, no puede equipararse a la ruina actual, como causa de resolución del arriendo.*

FACULTADES DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN: *La declaración administrativa de ruina, vincula a los Tribunales, pero la declaración administrativa de ruina incipiente, no impide, antes bien obliga, a los Tribunales a valorar su grado y circunstancias en orden a la resolución pedida* [S. 21 de noviembre de 1960; ha lugar.]

53. **EXTINCIÓN DEL SUBARRENDAMIENTO DERIVADA DE LA DEL ARRENDAMIENTO: LEGISLACIÓN COMÚN?** *Una constante doctrina jurisprudencial declara extinguidos, al terminar el arrendamiento sometido a la legislación común, los contratos de arrendamiento o cesión que el arrendatario haya podido celebrar.* [S. 21 de mayo de 1960; ha lugar.]

54. **ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONTRATOS SUCESIVOS: CONTRATOS DE ADAPTACIÓN:** *Aun cuando en los sucesivos contratos de una finca rústica, no se diga*

expresamente que los contratos posteriores son prórroga del primero, no quiere ello decir que deban ser interpretados como contratos independientes, si las identidades que concurren en dichos actos y especialmente, las que se deducen de la comparación de los precios establecidos y de los plazos de vigencia convenidos, revelan el propósito de los contratantes de ajustar sus convenciones a las disposiciones legales en materia de prórroga. [S. 16 de mayo de 1960; Sala VI, no ha lugar.]

V. Derecho de Familia.

1. MATRIMONIO CIVIL: SEPARACION: RECONCILIACION: *La reconciliación de los cónyuges debe ser probada [S. 26 de abril de 1960; no ha lugar.]*

Se trataba de un matrimonio exclusivamente civil contraído por bautizados al amparo de la ley de 1932 con fecha 9 de julio de 1936. El marido solicita alternativamente la declaración de nulidad por reunir ambos cónyuges la cualidad de bautizados, o el divorcio (separación) por adulterio de la esposa probado por confesión extrajudicial de la misma. Se rechaza en primera instancia la primera petición, concediéndose la separación por la causa alegada. La mujer opone el perdón del marido y la reconciliación posterior a aquél, que se desestima por falta de prueba.

Sobre la naturaleza de la reconciliación intervenida antes de interponer la demanda de separación vid. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el derecho español* (Roma-Madrid 1959), pág. 298.

2. ARRENDAMIENTO URBANO: MARIDO QUE ADMINISTRA BIEN PARAFERNAL: NORMAS APLICABLES: *Para juzgar de la relación jurídica discutida que se refiere a un contrato de arrendamiento realizado por el marido sobre una finca de la mujer, hay que atender, ante todo, no a los preceptos del Código civil relativos al mandatario, sino a aquellos otros que rigen las relaciones económicas entre marido y mujer y que definen la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio conyugal y los derechos y obligaciones de ambos cónyuges con respecto a dichos bienes y las acciones que les corresponden para su defensa. Por lo que, al ser la finca arrendada un bien de naturaleza parafernial, se impone aplicar el artículo 1.383 del Código civil.*

ADMINISTRACIÓN DE BIENES PARAFERNALES: ARTÍCULO 1.383: INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: *Interpretado sistemáticamente dicho precepto, abandonando la rígida interpretación del mismo, lleva a la aplicación en relación con los artículos 59, 60 y 1.412 de que el marido como representante de su esposa puede ejercitar acciones en defensa de los derechos de esta en los parafernales, sin atisbo de posible fraude, que deja a salvo el artículo 1.413. [S. 7 de diciembre de 1960; desestimatoria.]*

3. MUJER CASADA: HABILITACIÓN JUDICIAL PARA LITIGAR: *Las razones y argumentos propios del pleito principal no pueden traerse al proceso para la concesión de la habilitación, en el cual sólo puede discutirse lo inherente*

a la necesidad de dicha habilitación, ante la negativa del marido a concederla. [S. 11 de marzo de 1960; no ha lugar.]

4. LITIS EXPENSAS: CUANTIA: *La cuantía de las litis expensas está sometida a la libre facultad de fijación de los Tribunales, contra cuya apreciación no cabe recurso alguno.* [S. 11 de junio de 1960; no ha lugar.]

5. TERCERÍA DE DOMINIO POR BIENES GANANCIALES: *La tercera tiene por objeto excluir del apremio, a petición de un tercero, bienes que no pertenecen al ejecutado, implicando como supuesto indeclinable una titularidad exclusiva y excluyente del tercero, la cual no concurre en el caso de la sociedad de gananciales antes de su disolución.*

DELITOS DE TASAS Y ABASTECIMIENTOS: DECRETO-LEY 27 SEPTIEMBRE 1946: PRESUNCIÓN DE ILÍCITA PROCEDENCIA: *Según este decreto-ley, en el supuesto de la comisión de un delito de tasas y abastecimientos, existe la presunción de que el eventual aumento de fortuna que hubiere experimentado el reo con relación al 1.º de abril de 1939, se causó por medios ilícitos, y de que son bienes del inculcado, salvo prueba en contrario, los que por actos inter vivos hubiesen sido adquiridos por su esposa, exceptuándose los bienes dotes y parafernales de esta, con lo cual se vienen a apartar del concepto legal de gananciales, en su propio sentido, los que se estima tienen un origen ilícito y que no pueden apreciarse como ganancia legítima.* [S. 27 de febrero de 1960; no ha lugar.]

La doctrina contenida en el segundo apartado se establece a mayor abundamiento. Para hacer efectiva una multa de diez millones de pesetas, impuesta como sanción del régimen de tasas, fueron objeto de embargo determinados bienes de un industrial. Su mujer interpone una tercera, alegando que son gananciales por haber sido adquiridos durante el matrimonio a título oneroso. La sociedad se disuelve por muerte del marido en trámite de apelación. (G. G. C.).

6. SEPARACIÓN PERSONAL: EFECTOS RELATIVOS A LOS BIENES: *Las normas generales relativas a la acción reivindicatoria, necesariamente han de ceder ante las específicas del artículo número 73.º C. c. que permite al cónyuge inocente reclamar lo que el culpable le hubiera prometido, bastando por tanto, acreditar como justo título de dominio, que la cosa fué dada o prometida, pero no que está retenida o poseída por el culpable, debiendo abonar su importe si no es posible la entrega específica.*

DONACIONES ENTRE CÓNYUGES: *Para apreciar la modificación que exige el artículo 1.334 párrafo 2.º C. c., hay que atender a la posición social y económica de la familia.* [S. 12 de marzo de 1958; ha lugar.]

ALIMENTOS PROVISIONALES: CUANTÍA: *La determinación de la cuantía como cuestión de hecho, compete al Tribunal de instancia y a su prudente arbitrio --y no arbitrariedad-- queda sometido, debiendo respetarse en casación, mientras no se patentice una manifiesta equivocación decisoria que equivalga a desconocer la naturaleza, contenido y finalidad de la prestación legal.* [S. 21 de marzo de 1958; no ha lugar.]

VI. Derecho de sucesiones.

1. LEGÍTIMA: HIJO NATURAL RECONOCIDO: DERECHO FORAL DE CATALUÑA: *En Cataluña el hijo natural reconocido tiene derecho legitimario en la sucesión del padre que le reconoce, si no existe descendencia, ni ascendencia legítima, siendo la cuantía de la legítima, la cuarta parte de los bienes del difunto de cuya sucesión se trata.*

PATRIA POTESTAD: ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES: *El testador puede establecer las cláusulas que estime pertinentes, sobre la forma de la institución de herederos y por ello no se cercena el derecho del padre, y en su caso, de la madre, de ser los administradores de los bienes de los hijos menores, conforme al artículo 159 C. c. por la prohibición testamentaria establecida por el abuelo, de que el padre del heredero no administre aquellos bienes de la herencia de que el testador puede disponer libremente.*

INTERPRETACIÓN: PROYECTOS DE APÉNDICE: *Para la interpretación y aplicación en Cataluña de los textos romanos, debe tenerse en cuenta los distintos proyectos para la compilación del Derecho civil de tal región, pues, si bien al no estar todavía aprobados, no obligan a los Tribunales, «constituyen una orientación para conocer cual sea la verdadera aplicación del Derecho romano al momento actual en la conciencia del pueblo catalán, representada por sus más eminentes juristas».*

[S. 6 de julio de 1957; ha lugar.]

La presente sentencia es anterior a la vigencia de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, aprobada por Ley de 21 de julio de 1960. En cuanto al valor interpretativo de los proyectos de apéndices y compilación, reitera la doctrina que mantuvieron las de 6 de julio de 1940, 23 de noviembre de 1955 y 25 de marzo de 1957, que expresamente cita.

2. SUCESIÓN ABINTESTATO: REQUISITO PARA QUE SE OPERE: HEREDERO APARENTE. DISPOSICIÓN EFICAZ DE BIENES HEREDITARIOS: *Para que se opere a favor de una persona la sucesión legítima como consecuencia de un fallecimiento intestado, es preciso que en vida se le legitimara como tal heredero mediante la oportuna declaración judicial que le reconociera tal condición, y como así no sucedió durante el tiempo de su existencia, fué hasta su óbito un heredero aparente, que con eficacia jurídica no podía proceder a la venta de bien alguno integrante del patrimonio hereditario.*

TÍTULO SUCESORIO: DECLARACIÓN JUDICIAL DE HEREDEROS ABINTESTATO: DISPOSICIÓN DE BIENES CONCRETOS: *Por carecer del título primordial o esencial cual declaración de herederos justificativo de la transmisión operada a su favor no habían entrado en su patrimonio los bienes del de su causante, y por ello sólo podía vender, en todo caso, el derecho que tenía a la herencia, pero no la porción material indivisa del predio que es motivo de discusión.*

FE PÚBLICA REGISTRAL: BUENA FE: PRUEBA: *Declarado por la Audiencia que el adquirente es tercero hipotecario amparado por la fe pública registral, teniendo a su favor las presunciones establecidas en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria entre las cuales se halla la buena fe, la ausencia*

de esta debió acreditarse, en régimen de inversión de prueba, por la parte demandada que la alegaba, lo que no ha sucedido en el presente caso. [S. 14 de mayo de 1960; no ha lugar.]

ANTECEDENTES: Dos hermanos, Antonio y Ramona, tienen inscrita a su nombre la propiedad de una finca heredada de sus padres, en la que les corresponde una mitad indivisa a cada uno. Fallece Ramona, sin testamento y sin otro heredero legítimo que su hermano Antonio, quien no solicita en ningún momento de su vida la declaración de heredero ni otorga escritura de manifestación de herencia.

En estas condiciones, vende la totalidad de la finca a Miguel y éste después a Dolores. Se inscriben estas adquisiciones en cuanto a la mitad indivisa inscrita a nombre de Antonio por título de herencia de sus padres, y se suspende la inscripción respecto a la otra mitad que heredó Ramona por estar aún a nombre de ésta, pues, como se ha dicho, Antonio no formalizó la sucesión en ningún momento y falleció sin acreditar su cualidad de heredero de su hermana.

Fallecido Antonio, un acreedor, José, promueve juicio ejecutivo contra los herederos de Antonio y obtiene la adjudicación de los derechos hereditarios que al dicho Antonio correspondieran en la herencia de su hermana, derechos que se concretan más tarde en la mitad indivisa de la finca perteneciente a Ramona, en virtud de escritura de manifestaciones de herencia y adjudicación otorgada por el rematante en la subasta. Obtenida esta adjudicación, el adjudicatario vende dicha mitad indivisa a un tercero, A. M., quien la reivindica frente a Dolores que, con apoyo en su título de compra, poseía la totalidad de la finca.

El Juzgado estima la acción y declara que a A. M. corresponde la propiedad exclusiva de la mitad de finca que se reivindica, que sobre la finca total existe una comunidad por mitades indivisas, y que la finca es divisible, conforme se solicitaba en la demanda. La Audiencia confirmó en apelación la sentencia, e interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar.

«CONSIDERANDO ... para que se operara a favor de don Antonio Z. la sucesión legítima como consecuencia del fallecimiento intestado de su hermana doña Ramona, era preciso que en vida se le legitimara como tal heredero mediante la oportuna declaración judicial que le reconociera tal condición, y como así no sucedió durante el tiempo de su existencia, fué hasta su óbito un heredero aparente, que con eficacia jurídica no podía proceder a la venta de bien alguno integrante del patrimonio hereditario de su fallecida hermana, al no habérsele podido atribuir a sí mismo, mediante la oportuna partición como título traslativo del dominio, según ordena el artículo mil sesenta y ocho del Código civil, para que de tal suerte quedaran individualizados y concretados a su favor los bienes que de su hermana le pertenecieran por transmisión hereditaria, individualización y concreción que al fallarle, le impedía enajenar bienes del patrimonio de su causante, que no había entrado en el suyo propio, y por ello sólo podía vender en todo caso el derecho que tenía a la herencia de aquélla, pero no la porción material indivisa del predio que es motivo de discusión, por carecer del título primordial o esencial cual la declaración de herederos justificativo de la trans-

misión operada a su favor, e indispensable sin partición si era heredero único para inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles». (Considerando segundo).

OBSERVACIONES: Para evitar errores y falsas interpretaciones, importa destacar que la doctrina contenida en esta Sentencia, aunque parece dirigida a exponer el mecanismo de la sucesión, en rigor se refiere exclusivamente a un aspecto particular del mismo, más aún, a una consecuencia de la sucesión ya operada en el terreno sustantivo, que es la inscripción y disposición registral de los bienes adquiridos a título hereditario.

Contemplando el caso desde el prisma inmobiliario registral en que está planteado, se vé claro que lo que el Tribunal Supremo decide no es el problema de los requisitos para que Antonio heredara a su hermana desde el punto de vista estrictamente civil sucesorio o sustantivo, ni el problema de la disposición también civil de los bienes hereditarios por el heredero único, sino el aspecto registral de ambas cuestiones, es decir, qué requisitos debió cumplir Antonio, en cuanto llamado por la ley a la herencia de su hermana, para hacer constar en los libros hipotecarios su adquisición hereditaria, convirtiéndose así en titular registral de los bienes concretos heredados, idóneo para disponer registralmente de los mismos.

Con todo, cabe achacar a la Sentencia algunas inexactitudes, acaso debidas a una redacción precipitada o tal vez a errores en la copia. Sin entrar en su detalle, nos limitaremos a indicar que, aunque se haga de modo incidental, no es admisible que se califique a Antonio de «heredero aparente» como consecuencia de que durante su vida no obtuvo la declaración judicial que le reconociera la calidad de heredero de su hermana. Tal afirmación no puede considerarse hecha en sentido técnico, y en otro no debiera haberse formulado. Si la hemos recogido en el extracto es porque paladinamente consta así en la Sentencia, pero con la convicción de que el Tribunal Supremo no pretendía afirmar semejante concepto del heredero aparente, que no guarda relación con ninguna de las opiniones doctrinales vertidas sobre la materia. Sea o no el heredero aparente el antiguo «possessor por herede» del Derecho Romano, la doctrina dominante entiende que la frase debe referirse al sujeto que posee la herencia en concepto y calidad de heredero y se comporta de hecho como tal, aún sin serlo «de iure», con actos suficientes e idóneos para crear en los terceros la «communis opinio», la creencia fundada, de que es heredero. (D. I.)

DERECHO MERCANTIL.

1. SOCIEDAD IRREGULAR: CARÁCTER CIVIL:

Sin desconocer la naturaleza mercantil de una sociedad por razón de su específica actividad (comprar para revender), es lo cierto que al faltar la constitución formal en escritura pública inscrita en el Registro mercantil, se quedó en el seno de las sociedades irregulares o de hecho, cuya disciplina corresponde al Código civil, según ha declarado reiteradamente esta Sala.

SOCIEDAD CIVIL UNIVERSAL: CARÁCTER EXCEPCIONAL:

Para admitir una sociedad universal ha de observarse un criterio restrictivo, por lo cual al existir un pacto que determina y concreta el objeto de la sociedad esta se convierte en una sociedad particular de ganancias. (Sentencia de 26 de junio de 1959: ha lugar.)

OBSERVACIONES: Desconociendo la correcta y progresiva dirección iniciada en la Sentencia de 14 de febrero de 1945 (cfr. el interesante *Comentario* de Polo, «R. D. P.» 1945, pp. 327 ss.), esta Sentencia retorna a la equivocada tesis de que tiene carácter civil toda sociedad que no cunpla las formalidades del artículo 119 del Código de Comercio. Esta tesis que niega la existencia de las sociedades irregulares mercantiles, ha sido unánimemente criticada por la más autorizada doctrina mercantilista (por ejemplo, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, vol. I, págs. 451 y 453. y Polo *loc. cit.*).

Tampoco es muy correcta la presente Sentencia al emplear indistintamente los términos «sociedad irregular» y «sociedad de hecho». La sociedad irregular es, tan sólo, una subespecie de la sociedad de hecho, categoría más amplia que comprende las sociedades que, a pesar de estar afectadas por un vicio constitutivo, han actuado interna y externamente como una sociedad válidamente constituida (Girón Tena, *Sociedades Mercantiles*, Lecciones, I, pág. 207, señala la necesidad de mantener separados estos términos) (C. F. N.).

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: ADMINISTRADORES: RESPONSABILIDAD: *Ante la insuficiencia del artículo 156 C. de c. y en virtud del art. 50 de este cuerpo legal, han de aplicarse los artículos 1.101 y siguientes del C. de c. a los administradores de las Compañías anónimas cuya actuación —contrariando su carácter de mandatarios— perseguía el beneficio propio con lesión de los intereses que estaban oñligados a defender.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: ADMINISTRADORES: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD: *A la acción de responsabilidad de los administradores es aplicable el artículo 949 del C. de c., interrumpiéndose la prescripción de esta acción al entablar un procedimiento criminal contra los administradores. [S. 25 de junio de 1959; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: En la presente Sentencia, se aplican algunas de las normas por las que se regía la sociedad anónima en nuestro Derecho con anterioridad a la LSA de 17 de julio de 1951. Una vez publicada y vigente esta ley, sólo es plenamente válida la segunda de las afirmaciones hechas en la Sentencia. En efecto, la LSA no regula la prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores, por lo cual continúa siendo aplicable en este punto el artículo 949 del Código de Comercio (Cfr. Garrigues-Uria *Comentario a la LSA*, tomo II, pág. 155). En cambio, para resolver los problemas que la responsabilidad de los administradores plantea, no es necesario acudir siempre a los artículos 1.101 y siguientes del Código civil. Ciertamente, algunos de los principios generales, como el contenido en el artículo 1.107 del Código civil, encontrarán todavía aplicación en esta materia (vid. Garrigues, *Comentario*, cit., página 133). Pero otros principios generales habrán de ceder el paso a las nuevas normas de la LSA. Así, para medir la diligencia exigida a los administradores no habrá de invocarse el clásico criterio del *bonus pater familias* (art. 1.104 § 2 del Código civil), sino que el moderno criterio de «un ordenado comerciante y un representante leal» (art. 79 LSA). La nueva ley ha abandonado la fórmula tradicional que concordaba mal con las actividades atribuidas a los administradores (vid. GARRIGUES-URIA, *Comentario*, cit., pág. 125, y GIRÓN TENA, *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español*, «A. D. C.» 1959, página 446); por el contrario, FAIRFEN, *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las sociedades anónimas*, «R. D. P.» 1955, página 869, entiende que el ordenado comerciante es una especie de *pater familias* especializado por la civilización actual. El artículo 79 impone a los administradores la diligencia de un ordenado comerciante, al

igual que el viejo § 241 del HGB imponía *die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes*. Todavía cabría afinar más el concepto exigiendo, como lo hace el § 84 de la LSA alemana de 1937, la diligencia de un ordenado y meticoloso director de negocios (*Geschäftsleiter*) y subrayando, de este modo, el deber de dirección que a los administradores incumbe Cfr. SCHILLING, *Aktiengesetz Grosskommentar* de Gadow, 2.^a edición, tomo I, 2.^a entrega Berlin 1959, pág. 543). (C. F.-N.)

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO NO CONSENTIDO: LEGITIMACIÓN PASIVA: SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN: *La doctrina jurisprudencial conforme a la cual cuando se pretenda resolver el arrendamiento por traspaso no consentido es preciso demandar al cedente o traspasante, independientemente de que se demande o no al adquirente, es aplicable también, cuando la entidad cedente, es una sociedad mercantil disuelta, pues la disolución no implica su extensión, sino el comienzo de un periodo de liquidación en el que conserva su personalidad y sin que a ello obste el que la entidad adquirente, única a la que se ha demandado, se hiciera cargo del activo y pasivo de la cedente.* [S. 21 de marzo de 1958; no ha lugar.]

4. LETRA DE CAMBIO DOMICILIADA: SIGNIFICADO: *Los giros de letras al domicilio del deudor representan, salvo un pacto expreso, una facilidad para el pago sin valor para alterar el lugar obligatorio del pago.*

VENTA SOBRE MUESTRAS: EXAMEN DE LA COSA: *En la venta sobre muestras es obligado cumplir con lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 327 C de c. en relación con el artículo 2.127 LEC; es legalmente incorrecta la conducta de quien por su sola voluntad se desentiende del contrato resolviendo por sí y ante sí que la cosa vendida no se correspondía con la muestra sobre la cual se contrató.* [S. 30 de octubre de 1959.]

5. CUENTA CORRIENTE BANCARIA: APROBACIÓN DE EXTRACCIONES: VALOR DEL SILENCIO: *El no haber reclamado con anterioridad los montantes de las extracciones de una cuenta corriente bancaria, no puede indicar en modo alguno aprobación de las mismas, ya que como expresa la sentencia de 25 de noviembre de 1950 para atribuir conformidad a tal silencio es preciso, por uso comercial, que así se pacte.* [Ss. 5 y 9 de junio de 1959; no ha lugar.]

6. COMPRAVENTA MERCANTIL: VICIOS DE LA COSA: EXAMEN: *El anterior y explícito reconocimiento que de lo defectuoso del género había hecho la vendedora, excusa la pertinente intervención judicial para acreditar lo que documentariamente se había reconocido.*

FACULTAD RESOLUTORIA TÁCITA: ALCANCE: *El artículo 1.124 C. de c. se refiere a toda clase de obligaciones recíprocas y no exige que la resolución de una obligación implique la de todas las demás derivadas del mismo contrato cuando está bien separada y delimitada la reciprocidad de dichas obligaciones.*

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: REQUISITOS: *El incumplimiento contractual requiere una irregularidad en la ejecución; no es indispensable la persistencia en tal actitud puesto que basta la constancia de haberse in-*

cumplido lo convenido en punto esencial a la finalidad contractual. [Sentencia 9 de noviembre de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Cuestión de capital importancia en la compraventa mercantil es la de si a las reclamaciones del comprador por vicios o defectos materiales, ha de preceder el examen judicial de las mercancías. el Tribunal Supremo ha resuelto este problema con diversos criterios. Tan sólo algunas sentencias dictadas entre 1946 y 1957 (vid. las citas en SÁNCHEZ CALERO, *Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil*, «A. D. C.» 1959, págs. 1191-1192) reconocen la validez del examen no judicial de las mercancías en orden al ejercicio de las acciones correspondientes. La mayoría de las sentencias, en la que figuran las más antiguas y también las más modernas, han declarado absolutamente necesario el examen realizado conforme al artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Cfr. la enumeración que hace S. CALERO, *loc. cit.*). Esta doctrina predominante, como acertadamente señala SÁNCHEZ CALERO *Op. cit.*, págs. 1193 y ss.), no concuerda con la buena fe y las necesidades del tráfico en masa, y no responde, de otra parte, a una adecuada interpretación del Derecho positivo español. Es, por tanto, encomiable la presente Sentencia que se aparta de la equivocada doctrina predominante, aunque no puede olvidarse que esta sentencia no tiene alcance general, sino limitado al caso de haber el vendedor reconocido explícitamente los defectos de las mercancías. Cabe, sin embargo, la esperanza de que la tesis de la sentencia se generalice y resucite el Tribunal Supremo, la doctrina correcta que durante algunos años tan prudentemente sentó. (C. F-N.)

7. COMPRAVENTA: DEFECTO DE LAS MERCANCÍAS VENDIDAS: PLAZOS PARA RECLAMAR: DILIGENCIAS SEGÚN LEYES EXTRANJERAS: *Los plazos para reclamar son de prescripción y no de caducidad, por lo que acreditado que la sociedad compradora formuló reclamación extrajudicial y realizó cuantas diligencias previenen las leyes inglesas para acreditar la avería, su importancia y valoración, desde el momento en que recibió la mercancía no cabe la prescripción alegada al haber sido reiteradamente interrumpido el lapso de prescripción.* [S. 31 de marzo de 1960; no ha lugar.]

8. DEPÓSITO MERCANTIL: ELEMENTO CARACTERÍSTICO: *Lo consustancial del depósito es la guardia o custodia de las mercancías; no pueden aplicarse los preceptos reguladores del depósito a un convenio despojado de este elemento característico, y por el que una persona consistió por un precio mínimo el estacionamiento de mercancías en locales de su propiedad.* [Sentencia 28 de junio de 1959; ha lugar.]

9. PRESCRIPCIÓN MERCANTIL: ÁMBITO DEL ARTÍCULO 951 C. DE C.: *Este precepto no se refiere a todas las acciones derivadas del transporte marítimo ya que otras acciones nacidas de este mismo contrato están sometidas nominalmente al artículo 952; sin que pueda este precepto, por ser una norma de excepción, extenderse por analogía a otros casos.*

A las acciones de cobro de los derechos de estiba y comisión de exportación no es aplicable el plazo del artículo 951 C. de c., sino solamente los plazos del Derecho común. [S. 23 de octubre de 1959; ha lugar.]

DERECHO PROCESAL

1. **COMPETENCIA:** *Acumulándose diversas peticiones, la competencia se decide con base en la principal.*

PATERNIDAD NATURAL: *Versando la acción esgrimida sobre reconocimiento de la paternidad natural, es competente el juez del domicilio del demandado.* [S. 7 de marzo de 1960.]

2. **PODER PARA PLEITOS; BASTANTEO INSUFICIENTE; INEFICACIA DE OFICIO:** *Si el poder está declarado bastante únicamente para litigar ante el Juzgado y no para las actuaciones ante el Tribunal de apelación, aunque se refieran al mismo pleito y con el mismo Procurador, ello implica vicio esencial que lleva consigo la nulidad insubsanable de cuantas actuaciones se han practicado ante la Audiencia. Conforme el artículo 3.º LEC, la ineficacia de las actuaciones en este supuesto puede declararse de oficio.* [Sentencia de 12 de diciembre de 1958; h lugar.]

Reitera esta sentencia la doctrina mantenida en la de 26 de septiembre de 1956. Acerca del bastanteo pueden verse: **PRIETO CASTRO**, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo 2.º, 1.ª entrega, Madrid, 1952, pág. 139, y **GUASP**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1.º, 2.ª, edición, Madrid, 1948, págs. 127 y 128 (R. I.).

3. **CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA; NÚMERO DE MAGISTRADOS:** *No constituye la causa número 8 del artículo 1.693 de la LEC al ser dictada la Sentencia por los cuatro magistrados que formaban la Sala en la pertinente Vista, en lugar de los cinco que «de iure» la integran, ya que en realidad basta la conformidad de tres votos para que en las Audiencias haya Sentencia.* [S. 30 de abril de 1960; no ha lugar.]

4. **RECURSO DE CASACIÓN; EJECUCIÓN DE SENTENCIA:** *Aunque la sentencia ejecutoria sólo condenase a la entrega de cosa mueble y la resolución dictada por la Audiencia en el procedimiento de ejecución de dicha sentencia, condene a abonar una cantidad en sustitución de la parte destruida y deteriorada de la citada cosa, no es impugnabile la expresada resolución al amparo del artículo 1.695 LEC (resolver puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia), pues, ya se entiende que la cosa debió entregarse en perfecto estado y no es lógico exigir otro pleito, resultando además así el artículo 926 LEC y su remisión al 928 y siguientes.* [S. 21 de octubre de 1958; no ha lugar.]

5. **DESAHUCIO; COMPLEJIDAD:** *No reviste complejidad cualquier alegación del demandado en el desahucio, pues bastaría con negar el derecho de propiedad en el actor para enervar las acciones de esta clase* [S. 20 de enero de 1961; no ha lugar.]

6. **PREARIO; COMPLEJIDAD:** *La alegación de que existe un arrendamiento verbal, con base en la entrega material de las llaves por el encargado del dueño, que no justifica el contrato, no es causa de complejidad que impida resolver la acción de desahucio.* [S. 9 de junio de 1960; ha lugar.]

7. EJECUCIÓN DE LO CONVENIDO EN ACTO DE CONCILIACIÓN: REQUISITOS: *Para que pueda exigirse el cumplimiento de lo convenido en acto de conciliación se requiere completa identidad entre la oferta y la aceptación, no bastando que el Juez de Paz al concluir el acto agregara que terminó con avenencia si ésta, efectivamente, no tuvo lugar.*

PRUEBA: CONFESIÓN: *Apreciándose en conjunto la prueba practicada, la de confesión no tiene fuerza superior a la de las demás admitidas por la Ley.* [S. 6 de febrero de 1960; no ha lugar.]

El comprador de un lote de fincas rústicas, en acto de conciliación notifica la compra al arrendatario, al propio tiempo que le requiere para que manifieste si está dispuesto a retraerlas y a bonar el precio y los gastos legítimos. El arrendatario contesta que sí y el acto de conciliación se cierra con avenencia según hace constar el Juez de Paz. Transcurrido con exceso el plazo para ejercitar el retracto, el arrendatario ejercita demanda en ejecución de lo convenido en conciliación, consignando en tal momento el precio y gastos legítimos. Se rechaza en ambas instancias la pretensión del arrendatario, e interpuesto recurso es igualmente desestimado.

Es constante la doctrina del T. S. de que el ejercicio del retracto en acto de conciliación exige la consignación del precio y demás pagos legítimos; el propio arrendatario no basa su demanda en los preceptos del retracto, sino en los que regulan la ejecución de lo convenido en conciliación. Pero el Tribunal Supremo interpretando lo convenido en dicho acto llega a la conclusión de que no hubo avenencia porque el requirente exigió el pago del precio y el arrendatario se limitó a contestar que aceptaba el ofrecimiento sin consignar. La interpretación nos parece ajustada.

Merece reproducirse el primer Considerando en el que se expone la naturaleza y finalidad del acto de conciliación en nuestro Derecho, así como su desnaturalización por la práctica actual:

«Inspirada la conciliación en el deseo de evitar el pleito que una o varias personas intentan entablar contra otra u otras, procurando la armonía entre ellas, fué establecida como juicio en la Constitución de 1812 y consignada después en el Reglamento provisional de la Administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, encareciendo a los Jueces de Paz, encargados de su tramitación —artículo 30— que para el logro de su misión habían de poner «la mayor eficiencia en conciliar a los que presenten ante ellos, teniendo entendido que mientras más litigios y querellas corten, mayor será el servicio que hagan al Estado»; misión ésta que en la práctica ha sido desnaturalizada al quedar reducida la conciliación a una mera formalidad previa sin que los interesados lleven ánimo decidido para transigir sus aspiraciones y eludir el juicio que posteriormente han de iniciar, y lo que es más sensible y de lamentar, sin que los Jueces conscientes de la responsabilidad que se les asigna, procuren la armonía y perfilen en cada caso los términos claros y precisos en que se producen o la forma en que la discrepancia resulte que sirva para conocer en el primer caso la conformidad acordada y en el segundo los motivos de no conseguirla y que da lugar a que el acto se dé por intentado.»

Con toda razón denuncia el Tribunal Supremo las corruptelas en que ha incurrido la práctica a propósito de la celebración del acto de concilia-

ción. Hay aquí materia para un estudio sociológico que brindamos a los estudiosos de la Justicia Municipal. Con vistas a la posible reforma de la regulación vigente, podría ser objeto de una encuesta nacional el funcionamiento actual del acto de conciliación, el porcentaje de avenencias, los asuntos sobre los que es más difícil el acuerdo, el número de avenencias logradas por los Jueces letrados en relación con los legos, la influencia de que las partes asistan personalmente o —quizá en contra del espíritu de la ley— confíen su representación a otra persona acaso un abogado o un procurador. (G. G. C.)

8. CANCELACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY; NORMAS DE PROCEDIMIENTO: *Por fundarse en la infracción de los artículos 1.010 a 1.015 de la LEC, sólo ordenadoras del procedimiento que ha de seguirse en la rendición de cuentas de la administración de «ab intestato», es obvio que carece de viabilidad el recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal interpuesto con el insuficiente apoyo de normas que no pueden servir de base a un recurso de la naturaleza del formulado.* [S. 17 de junio de 1960; no ha lugar.]

9. AUDIENCIA EN REBELDÍA: *La ley concede audiencia a quien acredita que no puede atribuirse a su voluntad la situación determinante de la declaración de rebeldía.*

REQUISITOS: *La notificación que se hace en persona que con anterioridad se hallaba declarada incapaz, sin intervención de su representante legal, es ineficaz para servir de arranque a un término de caducidad.*

FALTA DE PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL B. O. DE LA PROVINCIA: *No puede perjudicar a la incapaz la falta de publicación en el B. O. de la sentencia dictada en el juicio seguido en su rebeldía, la cual fué omitida por el alcance concedido a una notificación carente de trascendencia.* [Sentencia 26 de enero de 1961; no ha lugar.]

El emplazamiento se verificó por cédula entregada a una criada de la entonces demandada y ahora actora, mientras se hallaba en trámite la declaración de incapacidad contra ésta a instancia del Ministerio Fiscal. La notificación personal de la sentencia en rebeldía se efectúa una vez que la incapacidad se ha declarado. El recurso de audiencia se interpone habiendo transcurrido con exceso el plazo de 8 meses que señala el artículo 776 de LEC. El Tribunal Supremo considera ineficaz la notificación personal de la sentencia por haber sido realizada en persona judicialmente incapacitada sin intervención de su tutor. Y al haberse omitido la publicación de la sentencia en *el Boletín Oficial*, entiende que el término de ocho meses del citado artículo no ha comenzado a correr.

El fondo del asunto revelaba un propósito evidente de buscar una declaración en rebeldía, pues se trataba de una liquidación de cuentas motivada por la redención de unos forales realizada por el padre de la incapacitada que se remontaba a 24 años atrás. Era de justicia el conceder audiencia a la rebelde (G. G. C.).

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

I Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. INTERPRETACIÓN DE LA LAU: *Las dudas que surjan en la interpretación de la LAU deben resolverse en favor de la parte económicamente más débil, debiendo considerarse como tal, al subarrendatario frente al subarrendador, y al inquilino respecto al arrendador.* (S. de 22 de marzo de 1960: no ha lugar.)

Nota: En rigor no se trata, propiamente, de la decisión en favor de la parte económicamente más débil—circunstancia que, en muchos casos, no concurre ni en el inquilino frente al propietario, ni en el subarrendatario respecto al arrendatario—, sino de la tutela de la estabilidad de la sede de la vivienda, de la empresa y de las profesiones, tutela que constituye el principio inspirador de los modernos ordenamientos arrendaticios.

2. SUBARRIENDO TOTAL Y SUBARRIENDO PARCIAL: PRESUNCIONES: *El número primero del artículo 11 de la LAU dice que el subarriendo total ha de celebrarse con una sola persona, lo que es cierto para el supuesto de licitud del subarriendo total autorizado por el arrendador y no lo es en los supuestos de subarriendo incontestado, en que juega la presunción del número dos del propio artículo.* (S. de 7 de diciembre de 1960: no ha lugar.)

3. TRANSMISIÓN «INTER VIVOS» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE VIVIENDA: HIJOS ADOPTIVOS: *El plazo de convivencia de dos años, necesario para la rogación «inter vivos», sólo puede contarse, cuando de hijos adoptivos se trate, a partir del momento en que el menor ha sido adoptado, sin que pueda computarse el tiempo de convivencia anterior a la aprobación de la adopción y, más concretamente, del otorgamiento de la escritura, porque tal convivencia se realiza a título de persona extraña y no de hijo adoptivo, que es lo exigido por la Ley al establecer el plazo de dos años para evitar fraudes.* (S. de 22 de junio de 1960; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN ARRENDATICA «MORTIS CAUSA»: REQUISITO DE NOTIFICACION: *La fehaciencia de la notificación exigida por la LAU se encamina a obtener la notoriedad del hecho, y si la notoriedad resulta de los autos, a través de la declaración de la parte a quien perjudica, la finalidad del precepto se consigue y es innecesaria la aportación del documento preconstitutivo de la notificación. No puede atribuirse más valor al documento que a lo manifestado por el interesado a presencia judicial.* (S. de 7 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

NOTA: En el curso del juicio el arrendador había reconocido, en la prueba de confesión, que le fué comunicada la defunción y la voluntad de subrogación del sucesor arrendatario.

5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: PARIENTES POR AFINIDAD: *Los parientes por afinidad carecen de derecho a la subrogación «mortis causa», reservada a los consanguíneos del grado previsto en la LAU.* (S. de 11 de febrero de 1960; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: DERECHO INTERTEMPORAL: *Si una persona deviene arrendatario por subrogación «mortis causa», operada bajo la vigencia del Decreto Ley de 30 de diciembre de 1944 y fallece tras la promulgación de la LAU de 1955, no puede sucederle «ex lege», en arriendo, su sobrina, aunque haya convivido con ella.* (S. de 15 de marzo de 1960; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *No es causa de resolución el hecho de disponer de dos pisos, uno destinado a vivienda y el otro al ejercicio de una profesión liberal, ya que lo que la ley prohíbe es tener dos viviendas, no vivienda más local de negocio o vivienda y despacho profesional.* (S. de 4 de octubre de 1960; ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *Procede la denegación de prórroga por no uso si en el curso de un año, a partir del día siguiente al primero de la ocupación, llega a sumar más de seis meses el tiempo de no uso real de la vivienda—salvo concurrencia de justa causa—. No es preciso que el periodo de seis meses discorra sin solución de continuidad.* (S. de 16 de febrero de 1960; ha lugar.)

9. NO USO: PLAZO: *No es preciso para el ejercicio de la acción de denegación de prórroga, que en el momento de deducirse la acción haya transcurrido un año a partir de la iniciación de la desocupación, bastando con que dentro de ese año se hayan cumplido los seis meses de no utilización.* (S. de 20 de junio de 1960; ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PRÓRROGA CONVENCIONAL: *No habiéndose iniciado aún la prórroga forzosa por hallarse en curso el plazo contractual, no es dable, como requerimiento, al inquilino, bastante para dar por terminado el arriendo, la interposición de la demanda judicial.* (S. de 30 de junio de 1960; ha lugar.)

NOTA: El arriendo se había concertado el año 1942, pactándose en él que si no se denunciaba el contrato con treinta días de antelación a la expiración del mismo, se entendería prorrogado por otro mes, y así sucesivamente; sin haberse producido la denuncia previa, esto es, hallándose el arriendo en fase de prórroga, no legal, sino convencional, se planteó la denegación de prórroga, que acertadamente es rechazada por la Audiencia Territorial, ya que no es dable denegar una prórroga que aún no ha nacido, sin que sea admisible atribuir a la denegación el efecto de poner término a la prórroga convencional, además del que le sería propio, de hallarse en vigor la prórroga forzosa.

11. NECESIDAD: DENEGACIÓN SIMULTÁNEA DE PRÓRROGA DE DOS VIVIENDAS: PRELACIÓN: *Cuando el arrendador deniega la prórroga del arriendo de dos viviendas para dos distintos beneficiarios, no se cumple el requisito de prelación si se acumulan las acciones y se individualiza el objeto reclamado, en cuanto a las dos personas necesitadas, olvidando establecer el orden de prelación entre los dos, pues ello abriría el paso a fraudes de Ley.* (S. de 3 de abril 1960; no ha lugar.)

NOTA: Agudamente se sale al paso en esta sentencia de la recusable práctica de denegar la prórroga de dos o más viviendas para otros tantos beneficiarios, haciendo asignación a cada uno de éstos de vivienda determinada y sin especificar el orden de prelación entre aquéllos. Quien, por ejemplo, reclama las viviendas A y B, para los inquilinos a y b, debe expresar el orden de preferencia de los beneficiarios; en tal caso si, por ejemplo, el señalado en primer lugar no resulta legalmente beneficiario, sólo se dará lugar a la denegación de prórroga respecto a b, y el contrato objeto de la denegación de prórroga será el de A, si el mismo es el que preferentemente debe pechar con la denegación de prórroga citada. Si, por el contrario, en el caso en cuestión, se pide A para a y B para b, si no concurre en favor de a causa que permita la denegación de prórroga, la demanda no podría prosperar, ya que no cabe la misma en favor de b respecto a vivienda que debe posponerse a A, ni la denegación de prórroga de A en favor de B, ya que la sentencia, en tal caso, sería incongruente.

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Dada la libertad de fijación de residencia, que el Fuero de los españoles considera como uno de los derechos fundamentales, no cabe oponer con éxito, a la denegación de prórroga por necesidad, el cambio de residencia verificado por el beneficiario de aquélla, algún tiempo antes de la denegación de prórroga.*

NECESIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO: *La necesidad como causa de denegación de prórroga, es un concepto jurídico cuya apreciación puede ser objeto de censura en el recurso de suplicación.* (S. de 24 de octubre de 1960; ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *No existe situación de necesidad si el actor, durante años, ocupó o tuvo a su disposición una vivienda en casa de su propiedad, cuyo uso cedió en arriendo para reducirse a la condición de subarrendatario, y no se ha producido ulteriormente cambio alguno en su situación personal.* (S. de 23 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LUGAR DE TRABAJO PRÓXIMO AL DE SITUACIÓN DE LA VIVIENDA: *No obsta a la presunción legal de necesidad la circunstancia de que el lugar en que radica la finca y el de trabajo del beneficiario de la necesidad radiquen en lugares distintos, pero a corta distancia entre sí—tres kilómetros—. (S. de 29 de marzo de 1960; no ha lugar.)* (En sentido análogo, S. de 3 de noviembre de 1960.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LUGAR DE TRABAJO PRÓXIMO AL DE SITUACIÓN DE LA VIVIENDA: *El hecho de que la persona para quien se pida la vivienda tenga su empleo en una población próxima a aquella en*

que radica dicho inmueble, formando ambas localidades una sola agrupación urbana, no obsta a la apreciación de la tercera de las presunciones legales de necesidad. (S. de 27 de septiembre de 1960; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONDICIONES TEMPORALES: La LAU sólo exige que el requerimiento denegatorio de prórroga se realice con un año de antelación a la fecha en que se desee ocupar la vivienda, bastando que el requerimiento se verifique para fecha posterior a la expiración del contrato, y sin que sea necesario que en el momento del requerimiento denegatorio se haya iniciado el periodo de prórroga forzosa. (S. de 13 de octubre de 1960; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRECISIÓN DE HOGAR INDEPENDIENTE EN RELACIÓN CON ESCASEZ DE MEDIOS: Si el hijo del arrendador está obligado, por razón de su empleo, a residir en la población en que radica la finca, en la que, actualmente, habita en casa ajena en pésimas condiciones de salubridad y si sus modestos medios económicos no le consienten estar sometido al gravamen de pagar merced arrendaticia, resulta acreditada la necesidad. (S. de 10 de mayo de 1960; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: No es precisa que con ocasión del requerimiento denegatorio de prórroga, se haga oferta alguna de indemnización.

DESALOJO DEL ARRENDATARIO QUE ACEPTÓ EL REQUERIMIENTO: Si el arrendatario acepta el requerimiento, puede ser desalojado, sea cual sea la cuantía del arrendamiento, por Juez competente, que puede no serlo el que intervino en la conciliación, y por los trámites de ejecución de la sentencia de desahucio, que no es el cauce señalado para la ejecución de lo convenido en acto de conciliación. (S. de 5 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CESACIÓN EN ACTIVIDAD LABORAL: A quien por razón de edad o enfermedad, se incapacita para el ejercicio de su profesión u oficio, no puede negársele el derecho al descanso, y para la efectividad de éste, cabe el establecimiento de un hogar propio e independiente, en la población en que tenga la propiedad de una finca, aunque no sea la de ejercicio de sus anteriores actividades laborales. (S. de 7 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

20. FIANZA: CUANTÍA SUPERIOR A LA LEGALMENTE EXIGIBLE: SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN: Como el artículo 105 de la vigente LAU no contiene el último párrafo del 135 de la Ley anterior, no ha lugar a la demanda por la que se reclama, pendiente el contrato, la devolución del exceso de fianza abonada por el arrendatario. (S. de 13 de junio de 1960; no ha lugar.)

NOTA: Argumento de escasisimo peso el de la supresión de un párrafo que, mas que a un cambio de criterio, debe ser imputado a la convicción de su superfluidad. La exigencia de fianza en cuantía superior a la legal constituye una vulneración de las normas no dispositivas, y como los bene-

ficios del arrendatario de vivienda son irrenunciables, no cabe siquiera que se entienda legitimada la exacción de una fianza excesiva por el hecho del pago «voluntario» de la misma. Hay que afirmar, por ello, contra el criterio de la sentencia, el derecho del inquilino a exigir la devolución de la cantidad abonada por encima de la tasa legal.

21. VIVIENDAS BONIFICABLES: CESIÓN: CADUCIDAD: *La norma sobre caducidad de la acción impugnatoria de la cesión de vivienda establecida en la LAU, no es aplicable al arriendo de viviendas bonificables.* (S. de 24 de junio de 1960; ha lugar.) *El mismo criterio en una sentencia de 28 de marzo de 1960, con referencia a arriendos de inmuebles sometidos a la Ley Salmón.*

NOTA: Cuestión es ésta muy controvertida y resuelta por las Audiencias con criterios variables. La aplicación de la norma sobre caducidad es la solución más acorde al juego de conjunto de las normas de la legislación especialísima y de la LAU. Nótese, respecto a las casas de la Ley Salmón, el Decreto de 17 de noviembre de 1960, sobre adaptación de las mismas al régimen de la LAU.

22. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: ACTOS REALIZADOS POR TERCERO SIN MANDO DEL ARRENDATARIO: *No es causa de resolución la cesión o subarriendo realizados, no por el arrendatario, residente desde hace algún tiempo en el extranjero, sino por un tercero, extraño a la relación arrendaticia, sin poder para ello.* (S. de 4 de julio de 1960; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: INDUSTRIA DOMÉSTICA: *Partiendo del hecho probado de que el arrendatario de la vivienda sirve diariamente en el comedor de la misma, ayudado por una persona que con él convive, cinco o seis comidas y otras tantas cenas, sin publicidad y sin pago de contribución, es inadecuada la aplicación al caso de la norma sobre tolerancia de ejercicio de industria doméstica que con base en tal hecho hace el Juzgador de instancia, ya que éste disminuye el número de comidas que el propio demandado reconoció servir y no se descarta, además, la posible concurrencia de personas extrañas que den al local las características de establecimiento abierto al público.* (S. de 26 de octubre de 1960; ha lugar.)

NOTA: Con absoluta libertad, la Sala realiza, en esta sentencia, una total revisión de los hechos en que se basó el Juez *a quo*, resultando vano el intento que la misma hace de calificar a tal labor de «nueva interpretación jurídica del hecho probado», ya que, en definitiva, la nueva calificación la realiza la Sala, no con los estrictos materiales fácticos seleccionados por el Juez de la Primera Instancia, que tiene plena soberanía al respecto, sino con todo el conjunto de los materiales probatorios obrantes en autos, con lo que, en definitiva, en esta resolución, la Sala realiza la función propia de una tercera instancia. De *lege ferenda* es indudable la conveniencia de que la Sala realice tal función, es decir, revise de modo total la declaración de hechos probados, pero, de *lege data*, el artículo 132 de la LAU constituye un obstáculo decisivo.

24. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: TRASCENDENCIA DE LAS OBRAS: *Sólo poseen eficacia resolutoria las*

obras que modifican su forma o estructura, la disposición particular o aspecto peculiar de un inmueble y, en general, las que produzcan cambios no accidentales y de detalle, sino esenciales y sensibles (S. de 7 de junio de 1960; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: OBRAS ANTERIORES A LA LAU: *Es causa de resolución la realización, durante la vigencia del Decreto de 29 de diciembre de 1931, de las siguientes obras: construcción de un tabique y de una habitación contigua a la terraza posterior, hacer dos cuartos más, tapiar parcialmente una puerta, ya que todo ello implica una alteración de las condiciones del edificio.* (S. de 28 de junio de 1960; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: *Procede la resolución del contrato de arriendo, si es público y notorio que en el piso de autos entran personas de ambos sexos que la utilizan como casa de citas.* (S. de 15 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *Fallecido el inquilino sin dejar sucesor arrendatario se extingue el subarriendo otorgado por aquél. Al carecer el subarrendatario de un derecho autónomo e independiente del arrendamiento no puede invocar en su favor, la disposición transitoria 4.ª de la LAU—que atribuye el beneficio de prórroga forzosa a ciertos subarrendatarios—tras la extinción del arrendamiento.* (S. de 6 de octubre de 1960; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: *No cabe fundamentar el recurso en la infracción de normas procesales.*

DOCTRINA LEGAL A EFECTOS DEL RECURSO: *Sólo constituye verdadera jurisprudencia la doctrina reiterada en sentencias del Tribunal Supremo.* (S. de 30 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *El recurso de suplicación habrá de fundarse exclusivamente en uno de los seis primeros números del artículo 1.692 de la LEC, excluyendo el 7.º, no pudiendo, por ello, ser tenidas en cuenta las alegaciones referentes a pretendidas violaciones procesales, ya sea de normas de la LAU, ya de la LEC.*

SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE VIVIENDAS: NOTIFICACIÓN: *El defecto de notificación de la subrogación, es causa de resolución, independientemente del conocimiento o noticia que, por otro medio, haya tenido el arrendador, del óbito del inquilino.* (S. de 15 de junio de 1960; no ha lugar.)

2 Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza

A cargo de JULIO BONED SOPEÑA
Juez de primera Instancia e Instrucción

Año 1959

I. Derecho civil.

1. FUENTES DEL DERECHO ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA ANALOGÍA: *En materia de arrendamientos urbanos la doctrina legal ocupa un lugar muy postrero entre las fuentes del derecho arrendaticio, pues en virtud del artículo 8 deben aplicarse los preceptos de la misma por analogía cuando la cuestión controvertida no aparezca expresamente prescrita en su articulado y se refiera a materias que en ella se regulan.* (Sentencia 30 de mayo de 1959; estimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: *En el actor que pide la resolución por incumplir el arrendatario la obligación de notificarle fehacientemente la subrogación autorizada en el artículo 58 de la LAU.* (Sentencia 19 de enero de 1959, desestimatoria.)

Cuando se trata de ejercitar un derecho fundado en un estado de necesidad autorizado por la ley. (Sentencia de 21 de febrero de 1959; desestimatoria.)

En el actor que al solicitar la resolución del contrato arrendaticio no hace más que ejercitar un derecho que legalmente le corresponde y que ha perdido el demandado al omitir la notificación fehaciente que prescribe el artículo 58, por lo que el acto no puede tacharse de inmoral ni antisocial ni cabe suponer que el actor lo llevara a cabo con el solo propósito de causar un perjuicio sin beneficio alguno. (Sentencia de 30 de abril de 1959; desestimatoria.)

Cuando el arrendador no ha ejercitado acción alguna por la cual pueda lesionar un derecho ajeno al limitarse a desconocer la pretensión de una persona que ningún derecho tenía para deducirla personalmente y que debió actuar pidiendo para su cónyuge - esposa - que era a quien correspondía el derecho. (S. de 1.º de junio de 1959; estimatoria en parte.)

En el actor que insta la resolución por necesidad, pues no actúa sin interés legítimo por perjudicar al demandado, sino que con el ejercicio de su

derecho preténde solamente dejar de vivir en las condiciones *infrahumanas* en que actualmente está viviendo en el piso que ocupa arrendado para hacerlo en una casa de su propiedad en piso no escogido al azar, sino seleccionado entre todos ellos con arreglo a la ley. (Sentencia de 1.º de junio de 1959: estimatoria.)

No puede invocarse la doctrina del abuso de derecho cuando existe solución legal y jurisprudencial del caso planteado. (Sentencia de 3 de octubre de 1959; desestimatoria.)

No puede invocarse abuso de derecho cuando el titular utiliza aquellos que la ley ha puesto en sus manos para hacer valer los que legitimamente le pertenecen. No se trata de ningún acto antisocial, pues el actor casado, viviendo con su esposa y cuatro hijos de 24, 17, 12 y 11 años, varones y hembras tiene una necesidad de ocupar el piso pretendido porque a los hijos no es posible hacerlos vivir y dormir juntos en la misma habitación. (Sentencia de 27 octubre de 1959; estimatoria.)

3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN REVISORIA DE LA RENTA EN SUBARRIENDO: Se produce a los tres meses a partir de la fecha de la celebración del contrato, no habiendo sido alterada la renta desde que el mismo empezó a tener efectividad, por aplicación del art. 106, 1 de la LAU. (Sentencia de 20 de mayo de 1959: estimatoria.)

5. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA DE LA VIVIENDA: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: SUBROGACIÓN MÚLTIPLE: DEJACIÓN AL PROPIETARIO DE LA ELECCIÓN DEL INQUILINO QUE HA DE CONTINUAR EL ARRENDAMIENTO: Es válida la notificación fehaciente hecha por una de las hijas de la arrendataria fallecida aunque la haga en nombre de las tres hermanas solteras, mayores de edad, que convivan con ella y pese a las imprecisiones del acta notarial, pues no se puede estimar renunciado un derecho si no es por un acto personalísimo y no fundado en formulismos indeliberados de otras personas —Sentencia del T. S. de 27-10-1904—en este caso el Notario que levantó el acta—, máxime cuando aquéllas al contestar a la demanda en que se pide el desahucio por subrogación mortis causa ineficaz, piden se reserve al demandante el derecho a elegir titular del arrendamiento, petición que formulada con la de absolución hay que estimar más bien que de reconvenición, como una petición accesoria condicionante del pronunciamiento principal. (Sentencia de 3 de noviembre de 1959: desestimatoria.)

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN HECHA POR PARIENTE AFÍN DEL INQUILINO: Es válida la notificación fehaciente verificada por el marido de una de las hijas del arrendatario fallecido, personalmente y para él, pues hay que entender que lo hace como representante de la sociedad conyugal, máxime cuando aparece no solamente firmada por él, sino por la otra hermana de su esposa y deduce la demanda en representación de ella, titular del derecho. (Sentencia de 1.º de junio de 1959: estimatoria en parte.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FALTA DE NOTIFICACIÓN A LOS EFECTOS DEL RETRACTO: *No procede la resolución si al inquilino no se le ha hecho la notificación prevenida en el art. 48 ni se ha otorgado escritura de compraventa del piso.* (Sentencia de 11 de mayo de 1959; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CARGA DE LA PRUEBA: *La actora tiene que demostrar su derecho y consecuentemente que de él dimana la acción ejercitada, esto es, que es arrendadora del piso cuyo contrato de arrendamiento pretende resolver.* (Sentencia de 22 de abril de 1959; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CONCEPTO DE FAMILIA: *Se excluye de dicho concepto a la menor acogida en régimen de guarda legal conferida por el Tribunal de Menores.* (Sentencia de 8 de octubre de 1959; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA PARA LA DESOCUPACIÓN: *Lo es el estar sometido a tratamiento médico en distinta localidad, pues no puede considerarse caprichosa la elección del médico que inspire confianza al cliente.* (Sentencia de 3 de octubre de 1959; desestimatoria.)

Lo es, al amparo de lo dispuesto en el art. 3.º del Decreto de 31 de octubre de 1958, la profesión de bailarín del demandado que le obliga a no contentarse a actuar en una plaza de población racionamente limitada. (Sentencia de 3 de octubre de 1959; estimatoria.)

11. PRESUNCIONES DE NECESIDAD: NO SE DESVIRTÚAN POR MANIFESTACIONES ANTERIORES DEL ARRENDADOR: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Para que las presunciones de necesidad que dispensan de toda prueba al favorecido con ellas puedan destruirse por otra contraria no basta con la manifestación prestada en otro juicio, por la actora de ser suficiente para convivir con la hija para la que reclama el piso, el que en la actualidad disfruta, porque tal manifestación se halla desvirtuada por la iniciada y prosecución del juicio. Tampoco puede vincularle el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos por aquella manifestación, pues la necesidad de la vivienda es circunstancial y depende de los hechos que concurren en el momento de solicitar la resolución por medio del preaviso.* (Sentencia de 17 de octubre de 1959; desestimatoria.)

12. PRESUNCION DE NECESIDAD: PRUEBA EN CONTRARIO: PACTO ANTERIOR ENTRE LOS LITIGANTES: *Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba al favorecido con ellas, pero pueden ser desvirtuadas por la prueba en contrario, y constando ésta es evidente que la necesidad alegada por los actores, el matrimonio de sus hijos, cede frente a la realidad aparente que mediante pacto del demandado con aquéllos, celebrado dos años después de la adquisición del piso cuestionado, les cedió dos habitaciones sin contraprestación ni unirlas a las de los actores, abriendo puerta independiente a la escalera; hechos que manifiestan el propósito concordado de crear una tercera vivienda, comprometiéndose los propietarios a no desahuciar al inquilino ni siquiera en razón al proyectado matrimonio de sus hijos, pacto con*

fuera de obligar en virtud de lo dispuesto en el art. 1.091 del Código civil. (Sentencia de 24 de octubre de 1959; desestimatoria.)

13. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD: ACTOR DE PROFESIÓN MARENO: *La mujer casada cuyo marido tiene que estar embarcado precisa de un domicilio y de un hogar y puede elegirlo donde la vida le sea más fácil y donde tenga mayores relaciones familiares. (Sentencia de 30 de marzo de 1959; desestimatoria.)*

14. SELECCIÓN DE VIVIENDA: VIVIENDAS SELECCIONABLES: *Si el arrendador es propietario de varios pisos de diferente configuración, cabida, situación e incluso categoría, no es obligado que la selección la haga entre todos ellos, sino sólo entre los que tuvieren iguales o similares características. (Sentencia de 24 de junio de 1959; desestimatoria.)*

Son solamente aquellas que el propio demandante crea suficientes y adecuadas a las necesidades de la familia que ha de ocuparlas. (Sentencia de 22 de septiembre de 1959; estimatoria.)

15. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CONCEPTO DE FAMILIA: *Aplicando por analogía el art. 58 de la LAU hay que estimar familia la convivencia de madre y hermana con la esposa del inquilino, viviendo éste y un hijo fuera. (Sentencia de 30 de mayo de 1959; estimatoria.)*

Constituye familia, a los efectos de la selección de vivienda, la sobrina que convive con el inquilino, sin que sean de aplicar los preceptos de los arts. 24 y 58 que no enumeran a los sobrinos entre los parientes con derecho a adquirir la titularidad arrendaticia por cesión inter vivos o subrogación mortis causa, pues por su interpretación gramatical, familia es el conjunto de individuos de la misma sangre o la totalidad de los parientes que unidos al inquilino, en grado más o menos distante, conviven en su misma habitación y porque de haber querido excluir el legislador a aquéllos lo hubiera hecho expresamente como en los artículos citados. (Sentencia de 18 de marzo de 1959; desestimatoria.)

16. SELECCIÓN DE VIVIENDA: INQUILINO QUE EJERCE PROFESIÓN COLEGIADA: *Para que el inquilino que ejerza profesión en la vivienda pueda gozar del beneficio de posesión a los demás, es preciso que satisfaga contribución, pues así se deduce de la interpretación gramatical, lógica y sistemática del precepto, no bastando que la profesión sea de las gravadas tributariamente, aunque de hecho aquél no pagara a la Hacienda. (Sentencia de 6 de marzo de 1959; desestimatoria.)*

17. SELECCIÓN DE VIVIENDA: REQUERIMIENTO; CARGA DE LA PRUEBA: *El arrendador sólo tiene que probar que el requerimiento lo hizo fehacientemente y que cumplió con todos los requisitos del art. 65 núm. 1.º y si el inquilino cree que no se encuentra en los supuestos que aquél señaló, podrá oponerse conforme establece el art. 65 núm. 3.º y probada su alegación habría que desestimar la pretensión del arrendador. (Sentencia de 20 de abril de 1959; estimatoria.)*

18. REQUERIMIENTO EN RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: MOMENTO EN QUE HAY QUE JUSTIFICAR ÉSTA: NO INTERRUMPE EL PLAZO DE SEIS MESES DEL REQUERIMIENTO LOS CONCEDIDOS POR LA LEGISLACIÓN DE PRÉSTAMOS A LOS INQUILINOS: *La jurisprudencia del T. S. (SS. de 20-10-53 y 22-1-58, entre otras) exige tan sólo que se justifique o que se dé la necesidad en el momento de presentar la demanda, no antes. No interrumpe el plazo de seis meses desde el requerimiento para presentar la demanda de resolución por necesidad, el de cuatro meses establecido en el artículo 4.º del Decreto de 22 de julio de 1958 para la concesión del préstamo al inquilino por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, en el supuesto que lo deniegue.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1959: estimatoria.)

19. REQUERIMIENTO INCORRECTO: *Lo es al alegar una causa, el subarriendo, y no expresar por qué los interesados tienen que residir en una población cuando su domicilio radica en otra.* (Sentencia de 20 de abril de 1959: desestimatoria.)

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CUANDO DEBE EXISTIR LA NECESIDAD: *La necesidad es cuestión de hecho de la libre apreciación del juzgador, que debe darse al cumplir el año del requerimiento, plazo que se da en beneficio del arrendatario y por ello, según ordena la sentencia de 7-6-58 el notificado ha de estar al supuesto legal en el momento de la pretensión, de hacer efectivo el derecho del arrendador, que no es otro que el de la presentación de la demanda.* (Sentencia de 30 de abril de 1959: estimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: *No se exige la expresión explícita de la obligación de indemnización que contrae el arrendador al denegar la prórroga.* (Sentencia de 17 de octubre de 1959: desestimatoria.)

22. PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN REVISORIA DE LA RENTA CUANDO SE HA ADMITIDO TÁCITAMENTE LA ELEVACIÓN: ANTIMONÍA ENTRE LA NORMA 4.ª DEL ARTÍCULO 101 Y EL 106 DE LA LAU: *Si el último pago incrementado admitido sin protesta por el inquilino lo fué en agosto del 1957 y la demanda no se ha presentado hasta el mes de mayo siguiente, es claro que la acción revisoria ha caducado por el transcurso del plazo de tres meses, pues el artículo 101 se remite en este extremo al 106, que fija dicho plazo, y aunque expresa que no será aplicable a los derechos que concede el 1.º, tal aparente antinomia ha de resolverse en el sentido de que la excepción no alcanza al 4.º por ser precisamente el que lo establece.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1959: estimatoria en parte.)

23. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: HIJO CONTINUADOR DEL DESPACHO DE SU PADRE TENIENDO SU VIVIENDA EN LUGAR DISTINTO: *Hay subarriendo inconsciente si fallecido el arrendatario su hijo continúa un despacho sin subrogarse en los derechos arrendaticios ni seguir conviviendo con la madre viuda, pasando a vivir independiente al contraer matrimonio.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1959: desestimatoria.)

24. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR Y DE NOTIFICACIÓN FEFACIENTE DEL SUBARRIENDO PARCIAL O CONVIVENCIA TOLERADA: *No habiendose demostrado en la sucesiva ocupación de una vivienda por distintas personas, nunca más de dos, con el arrendatario, desconociéndose la fecha del comienzo de cada una en relación con la vigencia de la Ley de 1955, el consentimiento expreso y por escrito que exigía el art. 14 de la derogada y exige el 10 de la actual ni tampoco la notificación fehaciente prevenida en el 18 y Disposición Transitoria 5.ª de la vigente, procede la resolución.* (Sentencia de 13 de marzo de 1959; estimatoria.)

25. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CARGA DE LA PRUEBA DE LA GRATUIDAD DE LA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR TERCEROS: *Corresponde al demandado probar la gratuidad de la ocupación de la vivienda arrendada por personas ajenas a la familia del inquilino pues esta circunstancia no es presumible.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1959; desestimatoria.)

26. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Al no tener plazo de prescripción propio hay que aplicarle el señalado en el artículo 1,964 del Código civil, o sea, el de quince años.* (Sentencia de 20 de noviembre de 1959; desestimatoria.)

27. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Hay consentimiento tácito si los hijos de los arrendadores al mismo tiempo que el inquilino realizaba obras, reconstruían y reforzaban la pared divisoria de los patios o corrales en la que había de apoyar éste las suyas.* (Sentencia de 11 de julio de 1959; desestimatoria.)

28. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO VERBAL: *No pudo prestar su consentimiento el actor en forma verbal, como se pretende justificar con testigos, pues a dicha conclusión se llega apreciando en conjunto la prueba practicada fundándose en el informe pericial de tres médicos que dictaminan hallarse padeciendo sordera real, permanente y completa en tal grado que no entiende lo que se le dice ni aun acompañado de gestos, de no tener a su lado a una persona acostumbrada a tratarlo.* (Sentencia de 21 de febrero de 1959; estimatoria.)

29. RESOLUCIÓN POR RUINA: RUINA PARCIAL: *La declaración de ruina parcial no autoriza al desahucio del piso no afectado.* (Sentencia de 3 de octubre de 1959; desestimatoria.)

30. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ADJUDICACIÓN DE PARTES INDIVISAS: *No procede por falta de notificación fehaciente a los inquilinos de la adjudicación de partes indivisas de la propiedad de un inmueble y subsiguiente escritura de apoderamiento para administrar pisos determinados a los efectos de poder ejercitar los derechos de tanteo y retracto.* (Sentencia de 3 de octubre de 1959; desestimatoria.)

31. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: REQUERIMIENTO: CARGA DE LA PRUEBA: *Incumbe al demandado probar que ha cumplido en tiem-*

po y forma con el requerimiento prevenido en el art. 56. (Sentencia de 19 de enero de 1959; estimatoria.)

32. RESOLUCIÓN POR NO USO DE LA VIVIENDA: IRRETROACTIVIDAD: *Tiene lugar aunque la desocupación sin justa causa haya comenzado con anterioridad a la vigencia de la ley actual, siempre que continuase bajo dicha vigencia por tiempo superior a seis meses.* (Sentencia de 11 de marzo de 1959; desestimatoria.)

33. DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.^a: VIVIENDA DESTINADA A COLEGIO REGENTADO POR COMUNIDAD DE RELIGIOSAS: *No se infringe esta Disposición si los locales son destinados a hogar de las Religiosas aunque sea compartido por las alumnas, pues aquéllas carecen de hogar familiar y sería absurdo que por no llevar el apellido de familia se encontrasen inhabilitadas para poder gozar del único que tienen derecho a tener. Y en cuanto a las alumnas, mientras permanecen en aquellos, sustituyen al que familiarmente les corresponde.* (Sentencia de 2 de abril de 1959; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: EJERCICIO DE PROFESIÓN COLEGIADA POR LA QUE SE SATISFAGA CONTRIBUCIÓN: *Obró acertadamente el Juzgado Municipal al admitir «prima facie» la demanda y únicamente si a través de los autos hubiera resultado su incompetencia por ejercer uno de los demandados en el piso profesión colegiada y haber sido arrendado principalmente para tal fin, aparte del pago de la contribución, es cuando habría existido infracción del art. 122 de la LAU.* (Sentencia de 2 de abril de 1959; desestimatoria.)

Es incompetente el Juzgado Municipal para el conocimiento de juicio de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda ocupada por Practicante en ejercicio que se obligó en 1.º de enero de 1957, fecha muy anterior a la interposición de la demanda, al pago de la contribución correspondiente, mediante acta de conformidad levantada por la Inspección de Hacienda, sin que le libere su incumplimiento. (Sentencia de 27 de mayo de 1959; desestimatoria.)

2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES CONTRA VARIOS INQUILINOS DE DISTINTO INMUEBLES: *Se puede dar esta clase de acumulación en razón a que la LEC, supletoria en lo que a procedimiento se refiere, de la LAU, la autoriza.* (Sentencia de 2 de abril de 1959; desestimatoria.)

3. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA: *No cabe admitir ni puede tener eficacia en los juicios de desahucio de vivienda tramitados por las normas del proceso de cognición.* (Sentencia de 2 de febrero de 1959; desestimatoria.)

La excepción de litispendencia no se da en los juicios de desahucio o resolutorios de contrato, pues la sentencia que recae no produce cosa juzgada. (Sentencia de 20 de abril de 1959; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CUANDO SE PUEDE INVOCAR: *Sólo se puede pedir que el Tribunal entre a examinar y valorar la prueba cuando las partes en sus escritos iniciales o los jueces inferiores en sus sentencias hayan hecho invocación y aplicación de la doctrina del abuso de derecho.* (Sentencia de 4 de diciembre de 1959; desestimatoria.)

Sólo es lícito invocar el error en la valoración de la prueba cuando en el recurso se haya invocado el abuso de derecho, y éste sólo puede darse cuando el juzgador haya hecho uso de la facultad discrecional que, con arreglo a la Ley de Bases de 1955 solamente es posible en los supuestos previstos en las Bases 1.ª y 7.ª (Sentencia de 4 de junio de 1959; desestimatoria.)

No cabe entenderse aplicado cuando en ninguna de las sentencias recurridas ha sido recogida tal doctrina, así como tampoco se ha hecho uso del arbitrio judicial que constituye la consecuencia obligada de la apreciación de esta teoría jurídica, al facultar al juzgador el art. 9 de la LAU para desestimar las pretensiones respectivas que aun cuando fueren ajustadas formalmente a derecho, supongan una desviación de principios (Sentencia de 2 de marzo de 1959; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: *No existe si ejercitada por el inquilino la acción para pedir que cesen determinadas perturbaciones de hecho por parte del arrendador, solicita, de conformidad con lo prevenido en el art. 116 de la LAU, indemnización de perjuicios sin fijar el quantum y la sentencia condena al pago de cantidad determinada, pues tal condena es un pronunciamiento necesario que va aparejado al del art. 115, sin que a virtud de lo dispuesto en el 8.º tenga aquí aplicación el 1.124 del Código civil.* (Sentencia de 17 de octubre de 1959; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *Debe citarse, al igual que en el recurso de casación, con precisión y claridad la ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido.* (Sentencia de 4 de marzo de 1959; desestimatoria.)

Es preciso concretar la doctrina legal que se dice infringida y el concepto en que lo ha sido, por aplicación analógica del art. 1.720 de la LEC. (Sentencia de 28 de abril de 1959; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La copropietaria del piso arrendado está legitimada activamente para promover la acción resolutoria por necesidad a virtud de lo establecido en los artículos 393 y ss. del Código civil.* (Sentencia de 20 de abril de 1959; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de suplicación no tienen ese carácter.* (Sentencia de 4 de marzo de 1959; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PROCEDIMIENTO: IMPOSIBILIDAD DE ADMITIR NUEVAS INFRACCIONES LEGALES: *No es dable al recurrido señalar nuevas infracciones legales que no sean de las correspondientes a combatir los motivos de alzada invocados por el recurrente, pues de otra manera, se convertiría el recurso en una instancia más invirtiéndose la posición de las partes.* (Sentencia de 9 de enero de 1959; desestimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REQUERIMIENTO NOTARIAL: *Cabe discutir en suplicación la ineficacia del requerimiento por no haberse efectuado en la forma prevista en el vigente Reglamento Notarial.* (Sentencia de 14 de enero de 1959; desestimatoria.)

11. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: MOMENTO EN QUE HAY QUE ACREDITAR HALLARSE AL CORRIENTE DEL PAGO DE LA RENTA: *El momento procesal oportuno de acreditar el pago de las rentas es el de interponer el recurso de apelación, bien justificando que nada se debe o consignando en el Juzgado o Tribunal ante el que se presente el recurso. Y esto es aplicable a todos los supuestos de resolución de los contratos de arrendamiento comprendidos en la LAU que lleven consigo el desalojo de la finca.* (Sentencia del TS. de 30-5 50.) (Sentencia de 28 de noviembre de 1959; desestimatoria.)

Se ha de acreditar el pago al tiempo de interponerse el recurso o dentro del plazo hábil para ello, pues aunque este precepto emplee términos menos contundentes que el 1.566 de la LEC hay que tener en cuenta que esta Ley es supletoria de la especial arrendaticia urbana por imperativo del art. 150. (Sentencia de 30 de enero de 1959; desestimatoria.)

NOTA: Se refiere al art. 148 de la LAU.

12. INNECESARIEDAD DE ACREDITAR EL PAGO DE RENTAS: *No es necesario en la interposición de recursos no derivados de juicios de resolución de contrato, como sucede en los de revisión de rentas (SS. del TS. de 17 y 20 de junio de 1959); porque supondría intercalar una causa procesal en los litigios en los que no discute la condición de arrendatario ni afectan a la disolución del vínculo arrendaticio.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1959; estimatoria.)

13. COSTAS: TEMERIDAD: *Es de apreciar en quien promueve recurso de suplicación sin cita de precepto ni doctrina legal infringidos.* (Sentencia de 13 de marzo de 1959; desestimatoria.)

14. COSTAS: ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA DE RESOLUCIÓN POR UNA SOLA DE LAS CAUSAS ALEGADAS: *Procede imponer las costas al demandado si la demanda resolutoria prospera aunque sólo sea por alguna de las causas alegadas.* (Sentencia de 11 de mayo de 1959; estimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

BONET CORREA, José: *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios.* 1961-1-3

ARRILLAGA, José Ignacio: *El cheque turístico.* 1961-1-59

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GUIMERÁ PERAZA, Marcos: *El derecho de subsuelo. Aguas subterráneas.* 1961-1-121

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Notas para la interpretación del artículo 783, § 1º, y 785, nº 1 del Código Civil.* 1961-1-139

3. VIDA JURÍDICA

SOLS GARCÍA, Pedro: *Legado del grupo "sine liberis decesserit". Dictamen y escritura de adjudicación.* 1961-1-171

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.