

# 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 XV  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXII

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.—Rdquez. San Pedro, 32, Madrid.

## Dolo y captación en las disposiciones testamentarias

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho civil

### 1. — *El carácter personalísimo del testamento*

El testamento se nos presenta como un negocio jurídico unilateral de carácter personalísimo, a tenor de lo establecido en el artículo 670 del Código civil, que viene a constituir la ley preferente de la sucesión hereditaria: acusa, frente a los negocios jurídicos bilaterales, un sentido eminentemente subjetivo, en virtud del cual, el querer del testador ha de ser considerado como absolutamente soberano, sin otras limitaciones que las derivadas del sistema de legítimas, o de las consideraciones generales impuestas por el respeto a la moral, orden público y buenas costumbres, reinando en esta materia, como en ninguna otra, el principio de la autonomía de la voluntad, facilitado por la circunstancia de que no existe en él la oposición de intereses natural al contrato, que supone más que contacto, fusión de dos voluntades distintas, a veces representantes respectivamente de intereses contradictorios.

Este carácter unilateral y subjetivo del testamento, se manifiesta, sobre todo, en las normas que rigen la interpretación de sus disposiciones, y, más concretamente, por el artículo 675 del Código civil, y exige, por otra parte, una serie de garantías que aseguren la libre espontaneidad del acto testamentario, impidiendo ajenas influencias que pudieran llegar a desnaturalizarlo. Así se explican, en primer término, las formalidades exigidas *ad solemnitatem* para su validez, a fin de evitar toda posible duda acerca de la realidad de ese querer manifestado, y, en segundo lugar todos aquellos requisitos de carácter interno, que tienden a amparar la espontaneidad y libre iniciativa del testador.

Entre estos segundos, pueden señalarse todos aquellos que impiden que en la disposición testamentaria la voluntad del testador sea sustituida por la de una tercera persona, por lo que no sólo se prohíben las viejas formas del testamento colectivo (coniunti-

vo, recíproco y mancomunado) (art. 669), sino que, además, se excluye la posibilidad de la representación, en cualquiera de sus formas (testamento por comisario) e incluso el encargo en orden a la designación de los herederos o la determinación de la cuantía de las cuotas (art. 670), exigiéndose, por otra parte, una serie de garantías para evitar cualquier desviación de la voluntad (causas de inhabilidad de los testigos, necesidad de una manifestación directa de la voluntad testamentaria, autografía total del testamento ológrafo y mayor número de testigos en el cerrado, prohibición de disposiciones a favor del confesor, etc., etc.).

Una voluntad libre y espontáneamente manifestada de modo directo, es la única que puede imponer su ley a la sucesión, por lo que se hace necesario examinar el particular sentido que en materia testamentaria ofrece la teoría de los llamados vicios de la voluntad, ya que éstos en modo alguno juegan de la misma manera en los testamentos que en los contratos, en cuanto, como hemos visto, en los primeros, la ley tutela únicamente una voluntad —la del testador— y, en los segundos, ha de tenerse en cuenta la coexistencia de dos voluntades representativas de dos intereses perfectamente diferenciados, cuales son la voluntad y el interés de cada una de las partes contratantes. Extender sin crítica principios propios del derecho contractual al testamentario, puede dar lugar a errores graves y a resultados injustos.

La existencia de dolo, fraude o violencia en el testamento, tiene en efecto, un alcance mayor que el de implicar un vicio de la voluntad, ya que supone la existencia de un verdadero delito civil, que la ley sanciona, no sólo con la nulidad sino con la imposición de graves penalidades, en cuanto el testamento está llamado a producir sus efectos *post mortem* del testador, es decir, en un momento en que éste no podrá ya evitar sus consecuencias mediante el ejercicio de las acciones de impugnación y resarcimiento, lo que, como vamos a ver, determina que se extienda aquí la idea del dolo a supuestos y consecuencias que no se dan cuando de simple anulabilidad de un contrato se trata.

### 2.—El concepto de dolo y fraude en las disposiciones testamentarias

«Hay dolo, dice el artículo 1.269 del Código civil, cuando con palabras y maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho», siquiera para que el mismo pueda ser causa de nulidad, «deberá ser grave y no haber sido empleado por ambas partes contratantes». Pero el dolo, no solamente puede jugar en materia testamentaria de modo *positivo*, en cuanto determina el otorgamiento de un acto de última voluntad, sino también *nega-*

*tivamentic*, según el artículo 674, cuando tienda a «impedir que una persona de quien sea heredero intestado, otorgue libremente su última voluntad».

Conforme con esta definición, la sentencia de 25 de octubre de 1928, declara que el acto doloso está calificado por ser producto de la astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a otra persona, por quien puede beneficiarse del fin propuesto y con tan injusto procedimiento conseguido: es, por tanto, producto de un engaño o resultado de una falta de verdad, empleadas por quien se proponga y lo haya conseguido, frustrar la ley o privar de los derechos que de la misma se deriven, realizando un fraude con la consiguiente existencia de perjuicios apreciables, y así entendido, el dolo como para los contratos, aparece definido en el artículo 1.269 del Código civil, sustancialmente en los mismos términos que tipifican el fraude en nuestras leyes penales.

Es decir, que se tiende a identificar el dolo con el error sustancial, estableciendo entre ellos la misma relación que existe entre la causa y el efecto. Tal concepción parece ser la admitida por el derecho anglosajón, según resulta, con toda claridad, del siguiente párrafo de Pollock:

«La sinceridad y plenitud del consentimiento, pueden ser afectados por la ignorancia, es decir, por la creencia errónea o simplemente la falta de información o de creencia en hechos sustanciales del contrato. Las consecuencias son diferentes según que este estado de espíritu sea debido o no a la otra parte, más bien que al estado de espíritu de la lesionada; hablamos, no de error padecido por dolo, sino de dolo simplemente, como de una causa capaz de producir la nulidad de contrato, aunque no haya dolo donde no hay error. Podemos ofrecer las combinaciones siguientes: a) Ignorancia no causada por el acto de la otra parte: es lo que se llama en derecho «mistake» (error); b) Ignorancia causada por la otra parte sin intención: es lo que se llama «misrepresentation» (falsa representación) y c) Ignorancia causada por la otra parte con mala intención, es lo que se llama «fraude» (dolo)». (Principles of Contracts, pág. 476).

Ocurre pensar que si el dolo es una simple modalidad del error, no valía la pena de convertirle en vicio de la voluntad independiente y autónomo frente a éste, y que, por otra parte, sería imputar el contenido de tal concepto, si excluyésemos de él todos aquellos matices diferentes del de simple engaño. Aun admitiendo tal limitación, dados los términos en que aparece redactado el artículo 1.269 citado, cuando se trate del dolo considerado como vicio de la voluntad de los contratos, no creemos que la misma pueda mantenerse en materia testamentaria, ya que en otro caso carecería de explicación el hecho de que el artículo 673 del propio Código civil nos hable, con perfecta distinción del «dolo» y del «fraude» como de conceptos distintos.

Ya la sentencia de 22 de febrero de 1934 llamó la atención sobre la diferencia existente entre los artículos 673, que habla de «dolo o fraude» y el 756, que se refiere exclusivamente al «fraude», señalando con tal motivo la «existencia de lagunas legales susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales». Es evidente que así como el concepto de fraude va íntimamente vinculado con el de «engaño», el de dolo se extiende a otros supuestos de naturaleza muy distinta, ya que como afirmaba Decius: *Dolus a fraude differt velut genus a specie* («La tit. ff. de reg. iuris.», r. 78,2).

En realidad, lo que ocurre es que, aun siendo el error uno de los posibles efectos del dolo, no es el único que puede dar lugar a la nulidad de un testamento. Precisamente esta cuestión hubo ya de suscitarse entre los juristas romanos, siendo resuelta de manera tajante por la autoridad de Ulpiano, al poner frente a frente las definiciones formuladas por Servio y Labeón, en un pasaje célebre del Digesto (4, 3, 1, 2):

«Servio define así el dolo malo: Es cierta maquinación con el fin de engañar a otro, cuando se finge una cosa y se hace otra» («*Dolum malum Servius quidem ita definit machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur*»); es decir, que únicamente considera eficaz el dolo, cuando llega a producir un engaño y a determinar, en consecuencia, un error, en tanto que Labeón considera que:

«El dolo malo es toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o captar a otro» (*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam; machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*); y Ulpiano concluye: «La definición de Labeon es la verdadera».

Es decir, que aunque puede acaecer, y ello será lo más frecuente tal vez, que los manejos dolosos produzcan un error sustancial, que determine la nulidad del testamento, no faltan, sin embargo, casos en que tales maniobras y artificios, cuando encuentran el terreno propicio de una voluntad débil, lleguen a anularla por completo, sustituyendo el querer del testador por el del agente del dolo. Tal género de maquinaciones ya den lugar al error, ya afecten exclusivamente a la voluntad, constituyen, lo hemos visto, un verdadero delito civil, al que la ley vincula graves sanciones, en cuanto su consecuencia es un daño injusto. *Dolus est consilium alteri nocendi* afirmaba el antiguo brocardo latino, y, según la definición del canon 2.200 del «Codex Iuris Canonici», una *deliberata voluntas violandi legem*.

En este mismo sentido, la sentencia de 31 de octubre de 1924, declaró que: *el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente*. Y la de 19 de mayo de 1925 afirmó que son características del dolo, «la idea de engaño o propósito de enga

*nar injustamente.* Voluntad y resultado contrarios a derecho, son por tanto los elementos constitutivos del delito civil: como decía Paulo, *nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram*, o, lo que es lo mismo, comete dolo malo el que se procura un lucro con perjuicio de otro (D. 14, 3, 4, 7). Junto al dolo por acción, existe el dolo por omisión, y así por ejemplo, el artículo 713 de nuestro Código civil, se refiere «al que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder...»

En este punto se perfila una primera diferencia entre el dolo «in contraendo» y el dolo testamentario: en los contratos cuando el dolo sea determinante de error y a esta clase de dolo se refiere exclusivamente el artículo 1.269 del Código civil, actúa como verdadero vicio de la voluntad, cuando la actuación dolosa no constituye causa de error, no por ello deja de ser integrante de un verdadero delito civil, y entonces la nulidad del contrato se opera, no en virtud de la doctrina de los vicios del consentimiento, sino a través de la teoría de la causa, siendo de aplicación el artículo 1.275 del propio Código, según el cual: «Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

En los testamentos, en cambio, no es posible establecer dada su peculiar naturaleza de actos unilaterales, tal distinción, jugando por tanto, el dolo en todo caso como causa genérica de nulidad, tanto si constituye fraude, como si supone tan sólo maquinación injusta de dañoso resultado, siquiera el daño no sea directamente causado en este caso al testador,\*sino a una tercera persona. Otra interpretación, mantendría la validez de disposiciones causadas por medios ilegales, negadoras de un principio fundamental en materia testamentaria, cual hemos visto que es el de la garantía del carácter personalísimo de la disposición.

Pero aun sin salir del ámbito de la doctrina pura de los vicios de la voluntad, estimamos que el dolo invalidador del testamento, se extiende a supuestos distintos del que implica el mero error sustancial, como vamos a ver seguidamente:

### 3.—La idea de captación y sugestión como causante de vicio de la voluntad testamentaria

En el Derecho francés causaba graves perturbaciones la ecuación práctica del dolo con el engaño, con la *tromperie*, en cuanto esta restricción conceptual perjudicaba con frecuencia a la impugnación de testamentos evidentemente dolosos. Entoces surgieron dos conceptos que han jugado mucho en los debates producidos sobre nulidad de testamentos, aunque sin gran discriminación: *la captación y la sugestión* de voluntades, de las que se ocupó

la Ordenanza francesa de 1735, en su artículo 47. Pero el juriscónsulto Furgole («*Traité des Testaments*») llegó a la conclusión de que los hechos de captación o sugestión no constituyen medios de nulidad diferentes del dolo. El Código de Napoleón no reprodujo en este punto el contenido de la Ordenanza de 1735, ni la prohibición contraria a la misma que contenía el proyecto de aquél, quedando por tanto en libertad la doctrina y la jurisprudencia en este punto, lo que ha determinado que tanto los autores como los tribunales franceses hayan admitido la doctrina de Furgole sin restricciones.

Los autores antiguos consideraban que existía captación o sugestión, cuando se daba: «aquél complejo de artificios, de engaños, de maniobras con las cuales se sorprendía la buena fe del testador y se le inducía a testar para sí o para otro» (Vid. Cujacio, ad lib. XXXIV, Si quis aliq. testari prohib. vel coget, volumen IX, col. 796 y Domat «*Lois civiles*», Lib. III, tít. 1.º sec. V). La misma tendencia se observa en la doctrina y en la jurisprudencia italianas, pudiéndose citar, entre los autores más recientes y calificados, a Cicu:

«Se habla de captación, si el dolo es realizado para inducir al testador a disponer a favor del que la realiza y de sugestión, si es a favor de terceros, por más que no haya concordancia doctrinal acerca de esta limitación. De todos modos, en los dos casos hay un comportamiento que tiende, con presiones que no se pueden considerar como de violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace o de terceros» (El Testamento, trad. esp. Madrid, 1959, pág. 193).

Franceses e italianos, admiten, por tanto, la impugnabilidad del testamento por sugestión y captación, como una manifestación concreta de la acción de nulidad por dolo, es decir, que tanto una como otra producen la invalidez del testamento, de la institución de heredero o de legado, siempre que fuese el resultado de maniobras dolosas (Vid. Vitali.—*Delle Successioni Legittime e Testamentarie*, T. I. Turín-Nápoles, 1923, pág. 631), y, entre ellos, Gangi, que afirma, después de exponer los diferentes criterios distintivos propuestos por la doctrina:

«Sin embargo, en los últimos tiempos en que tuvo vigencia el Código (se refiere al de 1865), se había afirmado y era prevalente la opinión según la cual no era útil establecer distinción entre sugestión y captación, entendiéndose por ellas la forma que el dolo asumía en los testamentos, o sea, las maniobras fraudulentas con las cuales se inducía a alguno a disponer en favor del autor o de un tercero. Y esta es la opinión comunmente admitida también bajo el imperio del nuevo Código (el de 1943), si bien algunos distinguen entre ambos conceptos, en el sentido de que se tiene captación, si el dolo se ejercita para inducir al testador



a disponer a favor del autor, y sugestión, si a favor de un tercero». (La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano. Milán 1952, página 398).

Es decir, que la sugestión y la captación, como efecto de dolo, no suponen tanto un error de la voluntad, como una anulación o aminoración de ésta, en cuanto el artificio no va encaminado tanto a equivocar al testador, como a determinar su querer, sustituyéndole por el propio del actor. De aquí que no siempre sea fácil distinguir con claridad el dolo de la violencia como vicios de la voluntad, como hace notar Carnelutti:

«Desde ahora conviene establecer la distinción entre dolo y violencia, como causa de nulidad del negocio y, mejor se diría, como hechos impeditivos de su eficacia. Puede incluso ocurrir que esta distinción no haya sido nunca formulada con rigor. La verdad es que son una y otra dos formas de atentado contra la libertad del querer, en cuanto se resuelven en la influencia de un querer extraño sobre el querer del agente, esto es, es una alteración de la situación natural, a base de la cual el querer debería determinarse. Tanto el autor de la violencia como el autor del dolo, ponen motivos aptos para dirigir la elección del agente, y la diferencia está en que si se trata de violencia los motivos son reales, mientras que si se trata de dolo, los motivos son ficticios. Si amenaza a alguno con matarle si no hace testamento a mi favor, esta es violencia, en tanto que si le hago creer que otro le matará, en tal caso, es dolo. Sería un error hacer estribar la distinción, como ha hecho el Tribunal Supremo, sobre la diferencia entre miedo y lisonja, al contrario, el engaño puede actuar también por medio del miedo. Quien quiera de ello una prueba, lea el artículo 640 del Código penal, donde se considera como una circunstancia agravante de la estafa que el hecho se cometa inspirando a la persona ofendida el temor de un peligro imaginario. Ello basta para excluir que el verbo constreñir se pueda únicamente adoptar con propiedad en el caso de violencia. La verdad es que por regla general se obliga con la amenaza de un mal; pero puede servir para el mismo efecto la perspectiva de un premio». (Captazione del testamento e indegnità a succedere, en *Rivista di Diritto civile*, 1933, página 2).

La jurisprudencia italiana ha sido terminante en este sentido, y así podemos referirnos a la sentencia de 28 de febrero de 1883, citada por Vitali, que con toda claridad declara que:

«Si la captación puede incluir el concepto de malas artes y manejos dolosos para aprovecharse de la libertad en favor propio, la sugestión, como la misma palabra indica, se refiere a una disposición que alguno, con torcidas intenciones y manejos haya insinuado en el ánimo del testador, ya a su propio favor, ya en ventaja de otro. Pero si la sugestión y la captación representan dos maneras distintas mediante las cuales el dolo puede actuar

sobre el ánimo de otro, los efectos, por lo demás, son idénticos, en cuanto con el dolo se quita o se disminuye la espontaneidad que es carácter esencial del testamento, y se llega con ello a obtener una disposición que el testador no había dictado si no hubiera sido captado o sugestionado».

Estudia la doctrina cuál pueda ser el alcance y características de tales maniobras o manejos, en cuya virtud se puede llevar a cabo tal sustitución de voluntades, que no exige que exista por parte del testador una verdadera enfermedad mental, siquiera, como observa Polacco «puede no existir una enfermedad mental que haga incapaz de testar, sino una debilidad mental que haga al sujeto más fácilmente expuesto a la captación o sugestión ajena». (De las Sucesiones, T. I., trad. esp. pág. 571), y puede, añadimos nosotros, no existir ni siquiera tal debilidad, sino tratarse de persona completamente normal psíquicamente, que llegue a ser víctima de tales maniobras, invalidadoras de sus disposiciones testamentarias.

«Tales manejos, dice Gangi, consisten especialmente en mentiras o insinuaciones contra aquellos a favor de los cuales estaría inclinado a disponer, insinuando en él despego, rencor o sospechas contra ellos, o bien engañándole sobre sus condiciones económicas, familiares o sociales, o con mentiras en favor de aquellos en cuyo favor se le quiera inducir a testar» (loc. cit. página 399).

«En todos estos casos, dice Cicu, hay un comportamiento que fiende, con presiones que no se pueden considerar como violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace, o de terceros. El caso más corriente es el de persona que consiga alejar al testador de hecho o espiritualmente, de sus personas queridas, insinuando sospechas y malentendidos respecto de ellas, y demostrando cuidados y afectos de manera que llegue —máxime si además convive con el propio testador— a dominar por completo su voluntad, sin que aquel lo advierta. Igual que en la violencia, también aquí la eficacia determinante del dolo o de la sugestión se debe valorar caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente las condiciones de salud física y mental del testador, de su edad, de su predisposición a someterse o no a voluntades ajenas, etc.» (op. cit. pág. 193).

Entre los autores franceses encontramos continuamente manifestaciones de idéntico contenido y alcance, como por ejemplo, las siguientes palabras de Planiol:

«Constituyen maniobras dolosas caracterizadas, la interceptación de la correspondencia, el alejamiento de los antiguos amigos, el despido de los domésticos fieles, las calumnias contra la familia, la ingerencia en los negocios del testador, sobre todo

cuando el testador es una persona de espíritu débil» (Traite élémentaire de droit civil, T. III, página 173).

El siguiente pasaje de Planiol-Ripert acusa aún más la nota subjetiva en tales supuestos:

«Los jueces... en su apreciación, pueden y deben ciertamente tener en cuenta la personalidad del disponente, en particular el grado de resistencia que estaba en estado de oponer a las maniobras de que era objeto. Se mostrarán tanto más dispuestos, a admitir la existencia del vicio del consentimiento, cuando las maniobras dolosas hayan sido facilitadas por la debilidad del espíritu, la enfermedad, la gran edad del autor de la liberalidad. En una palabra, ningún hecho doloso es objetivamente vicio del consentimiento: lo es en la medida subjetiva en que ha podido determinar a una persona a hacer una donación o un legado. Así se explican las decisiones que alguna vez han anulado la liberalidad hecha por un señor enfermo o débil de espíritu a una sirvienta dominadora» (Traité pratique de Droit civil français T. V., página 199).

Una de las características más señaladas del dolo testamentario, consiste en que, por regla general, es producto, no de una circunstancia momentánea, sino de una maniobra prolongada en el tiempo que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad ajena hasta la muerte del testador. Así dice el mismo Polacco (eod. loc.): «La captación puede urdirse muy bien antes, en una fase preliminar, preparatoria, aun cuando ciertamente perdure en el momento de la testamentifacción el efecto que se quiso producir con ella sobre el ánimo del testador», e incluso, añadimos nosotros, después de otorgado el testamento, en cuanto existe siempre una posibilidad incondicionada de revocación, que, al no haberse producido, demuestra que la acción se mantuvo constante, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

Esto ha hecho que por algunos autores se pensara que para que fuera procedente la acción del dolo, sería preciso que entre el testamento y la muerte del testador no hubiera transcurrido un lapso de tiempo demasiado largo, opinión que acertadamente rechaza Vitali, en cuanto observa, de una parte, que si en materia de contratos se fija un plazo de cuatro años a la acción de nulidad, no hay razón para adoptar diferente criterio tratándose de testamentos, y, por otra parte que es preciso hacer aplicación aquí del principio «qui ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere» (op. cit. págs. 637 y 638).

#### 4.—*La interpretación en materia de dolo testamentario*

Esta peculiar característica del solo y de su modo de actuar en materia testamentaria, hizo que los redactores del Proyecto defi-

nitivo del Código civil italiano de 1942, manifestaran en su «Relación» que el dolo y la violencia en los testamentos, ofrecen «formas de engaño más sutiles que las que se aprecian en relación con el contrato», lo que hace que la doctrina acepte aquí un criterio interpretativo mucho más amplio que cuando de dolo «in contrahendo» se trata:

«Se funda esto, dice Cicu, en la mayor consideración que la ley da a la libertad y espontaneidad del querer, que no se limita a exigir la tutela de una confianza ajena a la circunstancia de que no estando en juego el interés del que sufre la violencia, es más fácil que triunfe ésta en sus designios, no se olvida, como se ha señalado que el requisito de la espontaneidad tiene tanto mayor razón de ser, cuanto que se reconoce aquí el valor a la voluntad a pesar del interés superior que es básico respecto a la sucesión legítima». Y más adelante, añade: «Como ya hemos dicho hablando de la violencia, el nuevo legislador, ha tratado de recoger la opinión muy difundida de que en materia testamentaria se tienen en cuenta formas de engaño mucho más sutiles que las que se tomarían en consideración en materia de contratos, lo que se justifica por las razones antes señaladas». (op. cit. páginas 183 y 192).

Estas manifestaciones llegan a constituir un verdadero lugar común en la moderna doctrina italiana, y así tenemos que, según manifiesta Gangi:

«El dolo en los testamentos debe ser valorado de modo más amplio que en los contratos, y, por lo tanto, puede ser causa de invalidez del testamento, aun cuando por su entidad y por su influencia sobre la voluntad del disponente, no podría considerarse como causa de invalidez de un contrato» (Op. cit. pág. 401).

En apoyo de su tesis, cita este autor la sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia de 20 de febrero de 1936, no faltando autores que bajo el imperio del Código civil de 1865, y ante su silencio en esta materia, sostuvieran que el dolo y la violencia hacen inválido el testamento, no tanto en cuanto constituyen un vicio de la voluntad, sino en cuanto a causa de ellos viene a faltar un requisito esencial de la disposición testamentaria, que consiste en la pureza, en la libertad y en la verdad del querer del testador.

Esta mayor gravedad del dolo en materia testamentaria, ha hecho incluso, que algunos autores hayan visto en él más que una mera causa de anulabilidad del contrato, fundada en un simple vicio de la voluntad, un motivo de nulidad radical, en cuanto el hecho es constitutivo de un verdadero delito civil que lleva aparejadas graves sanciones, como la que supone la indignidad de suceder establecida en el artículo 756 del Código civil, que el artículo 674 extiende a los casos en que: «con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad».

La gravedad de tales sanciones y la amplitud en la apreciación

de los hechos determinantes de su existencia, aparece plenamente justificada, por otra parte, si se tiene en cuenta que:

a) Entra en juego en esta materia un principio de orden público, de una parte, porque en nuestro derecho es básica, según hemos visto, la espontaneidad y libertad de la voluntad testamentaria, y, de otra, porque habiendo de producirse sus efectos después de la muerte del testador, no puede éste por definición ser convertido en árbitro de la impugnación, como ocurre en materia contractual, y, ni siquiera, puede nunca llegar a saberse, como no sea por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto el testador, de haber procedido libremente, hasta el extremo de que en ningún caso, aun probado que hubiera dispuesto en favor de otra persona, será ésta considerada como heredera, a no ser que lo fuera abintestato o en virtud de un testamento anterior, con lo que el daño causado por el dolo o por la violencia, resulta la mayor parte de las veces irreparable cuando de testamentos se trata.

b) El carácter unilateral del testamento, hace que en éste no sea preciso tener en cuenta, como en el contrato, la llamada reciprocidad de intereses; únicamente prima el interés de la sucesión, sin que el autor de la maquinación pueda alegar ninguno legítimo en su provecho, derivándose del carácter gratuito de la disposición testamentaria, la necesidad de interpretar el negocio, a tenor de lo establecido en el artículo 1.289 del Código civil, en orden a la menor transmisión de intereses. Quien lleva a cabo maniobras encaminadas a obtener una herencia en su provecho, no ofrece contraprestación alguna por su parte y no es por tanto merecedor de ninguna protección, a diferencia de quien ha adquirido a título oneroso su propio derecho, aunque haya incidido en actividad dolosa. Los intereses del tráfico, que se imponen en materia contractual, no exigen protección especial en materia testamentaria.

c) Finalmente, las circunstancias peculiares en que se lleva a cabo la preparación y otorgamiento del testamento, hacen que la prueba directa de la maquinación dolosa, ofrezca unas dificultades y veces insuperables, y desde luego siempre superiores a las que ofrece la del negocio bilateral, a las que se une la circunstancia de que como la impugnación ha de producirse forzosamente después del fallecimiento del testador, no puede éste facilitar los elementos y datos necesarios para fundarla, de donde se sigue la necesidad de un criterio más amplio y generoso en la admisión y valoración de los medios probatorios, como vamos a ver seguidamente.

### 5.—*La prueba del dolo testamentario*

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1941, dice que «el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega», pero cuando se hace tal afirmación; quiere decirse

que el dolo no puede acreditarse mediante la prueba de presunciones, o, simplemente que el dolo de un negocio jurídico tiene que ser probado por la parte que lo alega, utilizando al efecto cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho?

Es preciso en este punto evitar un equívoco fácil. En realidad, la afirmación de que el dolo no se presume, sino que debe probarse, establecida en el artículo 1.353 del Código de Napoleón («le dol ne se presume pas et doit être prouvé»), se refiere a la presunción «*iuris tantum*» contenida en la propia ley, en cuanto admite que la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario. Seguramente por esto, nuestro derecho; que repetidamente consagra dicha presunción, omitió la norma equivalente en relación con la no presumibilidad del dolo. Cualquier actuación se presume hija de la buena fe, y por tanto, quien pretenda atribuirle al dolo, está en la necesidad de probar su afirmación.

Pero esta presunción de inocencia o buena fe, nada tiene que ver con los medios de prueba, sino que se refiere exclusivamente a la carga de la misma: quien afirma su buena fe, no está obligado a probarla, quien la niega y afirma el dolo, asume en el pleito la carga de la prueba si quiere destruir esa *presunción legal*. Luego lo único que esa sentencia del Tribunal Supremo dice es que «no existe una *presunción legal de dolo*», y la consecuencia lógica de tal principio, que quien sostenga su existencia deberá probarlo.

Ahora bien, ni la ley ni la jurisprudencia establece limitación alguna en cuanto a los medios de prueba utilizables para destruir esa presunción *iuris tantum*, cosa por lo demás perfectamente lógica si tenemos en cuenta que nuestro sistema procesal rechaza el principio de las pruebas tasadas, reconociendo, por el contrario, el libre arbitrio judicial en su apreciación, hasta el extremo de que tal materia no es susceptible de fundar la casación. Es cosa por lo demás perfectamente sabida que las presunciones *iuris tantum* pueden destruirse mediante presunciones *hominis* o presunciones de hecho, definidas en el artículo 1.253 del Código civil. No es preciso citar sentencias concretas, basta examinar cualquiera de las que resuelve un pleito de simulación, en que esta clase de presunciones se admite como legítima para destruir la presunción legal que ampara el contenido de una escritura pública, según el artículo 1.218.

Lo único que se exige para que la presunción *hominis* sea apreciable como medio de prueba, es, según el artículo 1.253, que: «entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano». Ciertamente, que este artículo está incluido en el Libro Cuarto del Código civil, bajo la rúbrica: «De la prueba de las obligaciones», pero sus normas son aplicables a la totalidad de los negocios jurídicos, según admite de modo unánime la doctrina y la jurisprudencia.

dencia, explicándose este defecto de sistema por una razón puramente histórica, en cuanto se aceptó el seguido por el Código de Napoleón, que en este punto seguía la pauta marcada por Pothier, y por una dificultad lógica, en cuanto nuestro Código, como el francés, carece de una parte general, a diferencia del alemán y del suizo, que permitiera situar debidamente este grupo de normas. Actualmente, todas las obras modernas de Derecho civil español, sin excepción alguna, estudian en dicha Parte General todas las normas contenidas en la aludida rúbrica.

Desaparece toda sombra de duda acerca de la aplicabilidad de la prueba de presunciones en materia testamentaria, si se tiene en cuenta que el artículo 1.252 del Código civil, en su párrafo segundo, dice: «En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubieren litigado». Por vía de ejemplo, en las sentencias de 7 de diciembre de 1899 (condición prohibitiva de heredero) y 4 de junio de 1947 (testamento *in artículo mortis*), el Supremo considera sobre el artículo 1.253, sin consignar oposición de principio. En la de 13 de enero de 1914 (testigos legatarios), llega a discutir sobre el supuesto de la admisión de la presunción. Pero si, de una parte hemos visto que la jurisprudencia admite la prueba de presunciones para desvirtuar una presunción *iuris tantum* (casos de simulación en escritura pública), y de otra, aplica normas a ellas relativas cuando de testamentos se trata, ¿qué dificultad habrá para admitirla también en los supuestos de dolo testamentario? Estimamos que absolutamente ninguna.

«La existencia del dolo, dice Gangi, debe ser debidamente probada. No es necesario que la misma resulte del testamento: puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, o sea, con documentos, con testimonios e incluso con presunciones» (Op. cit., página 403). Los Tribunales italianos admiten igualmente la prueba de presunciones, con tal que sean «graves, precisas y concordantes». Así las sentencias de 8 de marzo de 1935, 25 de mayo de 1936, 24 de julio de 1935, 22 de marzo de 1934, 30 de junio de 1933, citadas por el propio Gangi.

Según la doctrina francesa, el dolo no es objeto de presunción legal *iuris tantum*, pero puede probarse mediante presunciones *hominis*. El artículo 1.116 del Código de Napoleón establece que el dolo *ne se presume pas et doit être prouvé* y el artículo 1.353 admite la prueba del fraude y del dolo mediante presunciones del hombre. La Corte de Casación, en 28 de junio de 1881 declaró que para probar la existencia del dolo o del fraude contra un acto, bastan las presunciones, y Planiol y Ripert, dicen: «El dolo puede ser probado por todos los medios, incluso mediante simples presunciones» (*Traité pratique de droit civil*, t. VI, París 1930, páginas 273). Y en el mismo sentido Demogue opina que: «Desde el punto de vista de la prueba, está admitido que el fraude puede

ser probado mediante cualquier medio de prueba y particularmente por testigos y por *presunciones graves y precisas y concordantes*», es lo que dice el artículo 1.353 del Código civil. Esto apenas comporta una limitación a propósito del empleo de *lettres missives confidentielles*, que no se pueden utilizar sin el consentimiento del destinatario. En este espíritu incluso se admite que el secreto de los negocios, puede ceder para permitir la prueba del fraude» (*Traites des Obligations*, t. I, 1923, pág. 541).

La cuestión relativa a si podía o no probarse por presunciones *hominis* el dolo testamentario, se suscitó ante el Tribunal Supremo, con ocasión de célebre pleito. En el motivo 5.º del recurso se sostenía la infracción del artículo 1.269 del Código civil y de diversas leyes del Digesto (el pleito procedía de la Audiencia de Barcelona). «en cuanto de tales disposiciones se deduce que el dolo supone siempre actos o maquinaciones insidiosas que inducen a celebrar un contrato que sin la insidia no se hubiera otorgado, lo cual excluye la prueba de presunciones para apreciar la existencia del dolo, y la sentencia recurrida, reconociendo la falta de pruebas directas, apoya en meras presunciones la apreciación y declaración de que el recurrente empleó dolo para obtener el otorgamiento de la escritura... y con ello infringe la sentencia los preceptos legales citados e incide en error de derecho en la apreciación de la prueba, dando valor a la de presunciones, que no podía tener en cuenta por inadecuada». Tal motivo fue desestimado por la sentencia de 10 de mayor de 1910, que hubo de declarar a este respecto:

«Considerando por lo que respecta a la primera cuestión, que al declarar la Sala sentenciadora la nulidad de dicha escritura por haberla otorgado doña... mediante engaño o valiéndose el recurrente de maquinaciones insidiosas constitutivas de dolo, no ha incurrido en los errores de derecho que se alegan en los motivos quinto y octavo del recurrente, *pues aunque tal apreciación descansa sobre prueba indiciaria de presunciones, ni es exacto que de tal artículo 1.269 del Código civil y Leyes del Digesto que con aquél se citan en el motivo quinto, se desprenda la necesidad de la prueba directa para poderse afirmar la existencia del dolo.*»

En realidad, la admisibilidad de las presunciones *hominis* como medios de prueba hábiles para acreditar la existencia del dolo, viene impuesta por la propia naturaleza de las cosas, en cuanto se trata de un hecho interno, que únicamente puede ser acreditado mediante una inferencia deducida de hechos exteriores y nunca en virtud de una prueba directa, máxime si se tiene en cuenta el cuidado que el agente del dolo habrá de poner en sustraer a la publicidad su conducta, que procurará, y ello es una de sus notas características, mantener en la clandestinidad más estricta. De aquí que sostenga Castán que:

\* «Son las únicas (las presunciones *hominis*) que constituyen ver-



verdadero medio de prueba (la llamada —no con gran exactitud— prueba de indicios o conjeturas). De ellas hay que hacer uso *especialmente en aquellos casos, como los de simulación y actos fraudulentos, en que se trata de comprobar hechos que han querido tener secretos sus autores.*» (DERECHO CIVIL, t. I, vol. 2.º, 1955, pág. 677.)

No se opone en modo alguno a esta doctrina, que como hemos visto constituye la *communis opinio* de las jurisprudencias y autores franceses, italianos y españoles, la sentencia de 22 de marzo de 1941, ya que en la misma:

a) Se dice que «el dolo no se presume, y tiene que probarse por la parte que lo alega». Mas ya sabemos exactamente que lo único que esto quiere decir, es que no existe una presunción legal de dolo, sino que este debe ser probado, sin limitación alguna, por cualquiera que los medios autorizados por el artículo 1.215 del Código civil, entre los que se encuentran las llamadas presunciones *hominis* o presunciones de hecho. Es decir, que tal principio hace referencia exclusivamente a la *carga de la prueba*, en modo alguno a los *medios probatorios* utilizables.

b) Que si la Sala de instancia no admitió la existencia de dolo, «contra esta apreciación de los hechos, no pueden prevalecer las presunciones» del recurrente. Lo cual, como es natural, supone tan sólo una limitación impuesta por el régimen de la casación, pero nunca una limitación al judicial arbitrio para valorar un medio de prueba perfectamente legítimo, como es el de las presunciones.

Es preciso, sobre todo, rechazar la idea de que la prueba de presunciones constituye una mera prueba indiciaria: las presunciones, cuando están bien fundadas, constituyen una prueba de mayor solidez incluso que la misma testifical, ya que se apoyan en las leyes que rigen nuestro pensamiento, y más concretamente en el principio de razón suficiente, que ha hecho posible la construcción de la filosofía y ciencias naturales, a través de los siglos. Precisamente la diferencia que hay entre presunciones e indicios consisten en que en las primeras, la relación que existe entre los hechos directamente probados y su consecuencia, es absolutamente necesaria, según las leyes de la lógica, en tanto que tal conexión, cuando de indicios se trata, constituye un razonamiento de mera probabilidad. Inducir consecuencias de los hechos observados, es procedimiento no solamente correcto desde el punto de vista lógico, sino el principal fundamento de la investigación de la verdad.



# Derechos irrenunciables y principio de congruencia

MANUEL ALONSO OLEA

Catedrático de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Introducción; dos ejemplos en la jurisprudencia.*—II. *Consideraciones generales sobre el principio de congruencia.*—III. *El principio de congruencia en el Derecho procesal del trabajo; planteamiento:* A. Inexistencia de norma expresa. B. Base o referencia para la congruencia. C. Sobre la «elasticidad» de la congruencia en el proceso de trabajo.—IV. *Indagación sobre la pretendida debilitación de la congruencia en el proceso de trabajo.* A. Sobre la «crisis» general del principio de congruencia. B. Sobre la postulación en los procesos de trabajo. C. Sobre la máxima «*dura novit curia*». D. Sobre el carácter «*tuitivo*» del Derecho del Trabajo. E. Sobre la demanda y sus ampliaciones «*no sustanciales*». F. Conclusión; una comparación con el proceso civil.—V. *El supuesto especial de la sanción por falta de medidas de seguridad.*—VI. *El juego del principio de irrenunciabilidad.* A. El tema en la jurisprudencia; algunas sentencias significativas. B. La irrenunciabilidad en materia de accidentes de trabajo. C. Derechos irrenunciables y ejercicio forzoso de derechos. D. Sobre las demandas y procesos «*de oficio*». E. La nulidad de la renuncia y sus consecuencias.—VII. *Irrenunciabilidad y congruencia.*

## I. INTRODUCCIÓN; DOS EJEMPLOS EN LA JURISPRUDENCIA

Dos recientes sentencias de la Sala VI del Tribunal Supremo han abordado el muy delicado tema de conjugar el principio de Derecho procesal de congruencia de las decisiones judiciales con el de Derecho material de la irrenunciabilidad de los derechos que para el trabajador derivan de las normas sobre accidentes de trabajo.

*Sentencia de 4 de abril de 1961.*

El Magistrado de Trabajo de instancia había apreciado la existencia de una enfermedad profesional indemnizable, condenando, en consecuencia, a la empresa a la constitución del capital bastante para el pago de la renta vitalicia del 100 por 100 del sa-

lario, correspondiente a la incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo que en su sentencia declaraba. Pero, además, condenó a la empresa al abono sobre la anterior de una indemnización suplementaria del 50 por 100 —de conformidad con el artículo 55 R. A. T. (1)—al declarar probado que aquélla, pese a haber ocupado al enfermo profesional en trabajo con riesgo pulvígeno, no había cumplido con su obligación de reconocerle médicamente antes de su incorporación al trabajo.

Lo importante a destacar, a los efectos de estudio, es que la condena al 50 por 100 de recargo en la indemnización se impuso por el Magistrado en su sentencia pese a que el trabajador demandante no había deducido petición alguna en tal sentido en el juicio.

La sentencia fue recurrida en casación ante la Sala VI basándose el recurso, entre otros motivos, en el del artículo 164, núm. 2, del T. R. P. L. (2), acusándose, por tanto, su incongruencia, al haber conocido el Magistrado de cuestión no planteada por las partes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4-IV-1961 rechaza el motivo con el conciso razonamiento de que *«la incongruencia alegada... no es admisible, según el criterio establecido en resoluciones de esta Sala, cuando la petición omitida por el obrero y favorable al mismo resulta impuesta por un precepto legal y por ello irrenunciable»*.

Hay que decir, para completar la exposición, que el tema de la incongruencia no resultó decisorio, por cuanto la sentencia fue casada por otro motivo; pero el vicio de incongruencia se rechaza lisa y llanamente y en virtud del principio de la irrenunciabilidad de derechos; y habría, quizá, que añadir, que lo que evidentemente se quiere expresar en la sentencia, que está manejando las nor-

(1) R. A. T.: *Reglamento de Accidentes de Trabajo*, texto refundido de 22-VI-1956; su artículo 55 dispone que «toda indemnización se aumentará en su mitad si el accidente ocurre en centro de trabajo cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios», y estimándose asimilado a tal supuesto «el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en el cuadro anexo al Reglamento de enfermedades profesionales», este último es el caso que contempla la sentencia que se comenta. El recargo en cuestión ca costa del patrono se considerará como una sanción para el mismo, y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro».

Se debe decir que este precepto (y los correlativos del Reglamento de 31-I-1933) han sido muy restrictivamente interpretados por el Tribunal Supremo; ver SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El aumento a cargo del empresario en la indemnización por accidente de trabajo*, en «Rev. Iberoamericana de Seguridad Social, 1961-4»; nuestras *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1959, págs. 42 y 61, y, más abajo, ap. V del presente estudio.

(2) T. R. P. L.: *Texto refundido de Procedimiento Laboral*, aprobado por Decreto de 4-VI-1958; su artículo 164, número 2, autoriza el recurso de casación, cuando la sentencia no sea congruente con las peticiones oportunamente deducidas de los litigantes.

mas sobre accidentes de trabajo, no es tanto que las normas legales favorables para el trabajador sean irrenunciab'es —tal pronunciamiento necesitaría de alguna atemperación— como que concreta y específicamente lo son, y por declaración expresa, las que regulan las indemnizaciones en favor del accidentado que del accidente de trabajo derivan. Pero sobre este punto hemos de volver más adelante con algún detenimiento.

*Sentencia de 14 de febrero de 1961.*

El Magistrado de Trabajo de instancia había declarado probado que el causante de la demandante había fallecido a consecuencia de enfermedad profesional, condenando, en consecuencia, a la empresa —y por subrogación a su aseguradora (3)— a la constitución del capital bastante para el pago de la correspondiente renta a su viuda. Y además condena, a los mismos demandados, al pago de una determinada cantidad alzada en concepto de gastos de sepelio (4), pese a que en el juicio no se había pedido tal pronunciamiento.

La sentencia fue impugnada en casación al amparo, entre otros, del artículo 164, núm. 2, del T. R. P. L.: acusándose, por tanto, su incongruencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14-II-1961 desestima el recurso en cuanto este motivo (también lo desestimó en cuanto a todos los restantes, dicho sea de paso), razonando que la pretensión de que la sentencia de instancia fuera casada por incongruencia en cuanto a los gastos de sepelio *«porque tal extremo no fue pedido en la demanda, ni tampoco reclamado en conclusiones [es] aspiración que carece de fuerza y eficacia, con solo pensar que los beneficios que en la legislación social, protectora del trabajador, se le reconoce y otorga, no son renunciab'es y, por tanto, de oficio por los Tribunales, deben serles concedidos, aunque los intere-*

(3) En la sentencia de 4-IV-1961, a la que nos referíamos anteriormente, se condena directamente a la empresa, al entender el Magistrado que la falta de reconocimiento previo exime de responsabilidad a la aseguradora; la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada y constante en sentido contrario, con acertadísimo criterio, aunque quizá éste no responda exactamente a lo querido por el artículo 87 R. A. T.; ver sobre este punto nuestras *Instituciones...*, cit., págs. 99-100, y BORRAJO DÁCRIZ, E.: *El reconocimiento médico por silicosis en la legislación y en la jurisprudencia*, en *Estudios Jordana de Pozas*, t. III, vol. 3, Madrid, 1961, págs. 177 y sigs.

En el presente estudio, las sentencias del Tribunal Supremo que se citen, salvo que otra cosa se diga expresamente, son de la Sala VI (antes V) «de lo Social».

(4) El R. A. T. concede, en caso de muerte en accidente de trabajo, además de las pensiones o subsidios a favor de los causahabientes del fallecido, una «indemnización por gastos de sepelio», que consistirá en el importe de dos mensualidades del salario del causante, sin que pueda ser inferior a 1.000 pesetas (art. 54).

sados no los hubieran solicitado de manera expresa, dado el carácter tutelar de las leyes laborales, desprendiéndose, en consecuencia, que no tiene realidad tal incongruencia».

Debe añadirse que aquí el razonamiento que acaba de transcribirse no es un *obiter dictum* como en el caso anterior, sino que, en virtud precisamente de él, se rechaza el motivo de casación y se desestima el recurso en cuanto a los gastos de sepelio; y agregar que de nuevo es el principio de irrenunciabilidad el que impide el juego de la incongruencia y que existe en la sentencia la muy importante declaración adicional de que los derechos irrenunciables establecidos en favor de los trabajadores deben serles concedidos de oficio por los tribunales. Pero también se ha de volver con más detalle sobre estos temas.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Comenzando, por necesidades sistemáticas, con nociones sobradamente conocidas, en Derecho procesal civil o común, el denominado principio de congruencia es un requisito objetivo de las sentencias; conforme al artículo 359 de la LEC, «las sentencias deben ser... congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito»; el carácter rogado de la jurisdicción civil, de un lado, y el generalísimo principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído, de otro, imponen al juez o tribunal la necesidad de fallar sobre todas y solas las pretensiones que han sido deducidas en el proceso por las partes; fallar sobre más de lo pedido, o no hacer pronunciamiento sobre algo pedido, o decidir sobre cosa distinta de la pedida es, desde luego, negar la naturaleza rogada de la jurisdicción; y es, además en el supuesto de exceso o desviación del fallo respecto de las peticiones, condenar sin audiencia puesto que probablemente lo no pedido no ha podido ser objeto de debate (5).

---

(5) Sobre la doctrina procesal común de la congruencia, ver GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, págs. 555 y sigs. y 1524 y siguientes; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, t. I, págs. 961 y sigs.

Incidentalmente, debe hacerse notar que en los procedimientos administrativos, cuando menos en aquellos que no tienen la naturaleza de reclamación o recurso, se prescinde de la congruencia o se refiere ésta a bases distintas de las peticiones de los administrados; a tenor del artículo 93-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, da resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y *aquellas otras derivadas del expediente*, por lo que aquélla no puede ser impugnada en vía contenciosa como incongruente, siempre que la resolución «guarde lógica con el planteamiento que entrañe el expediente administrativo» (S. T. S., Sala V, 15-VI-1961, en la que expresamente se recuerda la existencia del segundo inciso del artículo 93-1 L. P. A. citado).

La incongruencia de la sentencia abre la posibilidad del recurso de casación contra la misma; ha lugar al recurso de casación por infracción de ley, conforme al artículo 1.692 LEC, «cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes» (núm. 2), y «cuando el fallo otorgue más de lo pedido, o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito» (núm. 3).

### III. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO; PLANTEAMIENTO

En Derecho procesal del trabajo, si bien las líneas generales de la doctrina de la congruencia son muy similares, como no podía por menos de ocurrir, a las de Derecho procesal común, existen, sin embargo, y cuando menos aparentemente, una serie de matizaciones sobre las que conviene reflexionar.

#### A) *Inexistencia de norma expresa.*

Al hablar de las especialidades de la congruencia en Derecho Procesal del Trabajo no nos referimos a la ausencia en el T. R. P. L. de un texto similar al del artículo 359 de la LEC citado en el que se contenga la exigencia terminante de la congruencia en las decisiones; efectivamente, tal texto no existe, pero esto nadie dice ni ninguna importancia tiene:

— En primer lugar, porque entre los preceptos del T. R. P. L. los hay muy numerosos que sólo son comprensibles como reponiendo sobre el principio de congruencia; señaladamente, y por vía de ejemplo, los que obligan al demandante al ratificar su demanda y al formular sus conclusiones a atenderse a la propia demanda (arts. 72 y 74), tendiendo a delimitar claramente el objeto del proceso, lo que carecería de sentido si después el Magistrado de Trabajo pudiera desbordarlo en su decisión; y, sobre todo, y eliminando todo vestigio de duda, el del artículo 164.2 que cita como motivo de casación el de que la sentencia no sea congruente con las pretensiones deducidas

— En segundo término, porque no hay que olvidar nunca que la LEC es supletoria del T. R. P. L. en todo lo no previsto por el mismo; con lo que la falta de precepto expreso sobre la congruencia convierte en directamente aplicable al proceso de trabajo el artículo 359 de la LEC (6) (aunque es conveniente decir de pa-

(6) Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala VI del T. S.; anteriores al T. R. P. L., ver, por ejemplo, sentencias de 10-II y 20-V-1951 (ambas recogidas por ALONSO GARCÍA y PRENDÁS DÍAZ: *Derecho Procesal del Trabajo*, Praxis, 1960, págs. 35-180); posteriores al T. R. P. L., por ejemplo, sentencias de 6-II y 3-III-1960; en esta última llega incluso a apuntarse que el no citar en un recurso de casación por incongruencia ante la Sala VI el artículo 359 L. E. C. es un defecto de forma que se opone a la admisibilidad del recurso.

sada que la aplicación supletoria de la LEC genera en bastantes ocasiones problemas más complejos que el muy obvio que ahora se está examinando).

No puede existir duda, pues, acerca del mandato jurídico-procesal de que las sentencias de los Magistrados de Trabajo han de ser congruentes con las pretensiones deducidas en juicio.

#### B) *Base o referencia para la congruencia.*

Tampoco aludimos al momento procesal en que se formulan las peticiones a las que ha de ir referida la congruencia de los fallos.

En Derecho procesal civil la congruencia ha de darse entre «el suplico de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia» (7); entre la petición y el fallo. En el proceso de trabajo, en cambio, presentada la demanda escrita y con un «suplico» en los términos bien concretos con que los exige el artículo 67-4 del T. R. P. L., en el acto del juicio oral el demandante puede introducir variaciones respecto de lo demandado *ab initio*, siempre que no sean «sustanciales» (8); y aun en conclusiones definitivas sigue teniendo la misma facultad, siempre que no se alteren en este trámite los puntos «fundamentales» del debate (9); hasta tal punto lo que se acaba de decir es cierto, y de tal forma se liga íntimamente con el principio de congruencia, que el T. R. P. L., al referirse a la falta de ésta como motivo de casación, se cree en el caso de añadir a la pura y simple formulación de que procede al recurso contra las sentencias incongruentes, un inciso del siguiente tenor: «se entenderá que existe congruencia cuando el Magistrado resuelva cuestiones que, no habiendo sido expresamente planteadas en la demanda, ni suponiendo variaciones esenciales en ella, fueron probadas durante el juicio y recogidas en conclusiones» (10).

La atemperación consiste, pues, en que la exposición inicial de la pretensión que se contiene en la demanda no impide la adición posterior de pretensiones ni la modificación ulterior de las pri-

(7) GUASP: *Derecho Procesal...*, cit., pág. 1525.

(8) Art. 72, T. R. P. L.: «... Acto seguido el demandante, si compareciese, ratificará o ampliará su demanda, aunque no podrá hacer ninguna variación sustancial». No se trata de ninguna novedad del T. R. P. L., pues, existía norma idéntica en el artículo 465 del Código de Trabajo.

(9) Art. 74, T. R. P. L.: «Practicadas las pruebas, las partes o sus defensores, si asistiesen, formularán oralmente sus conclusiones definitivas... sin alterar los puntos fundamentales y los motivos invocados en la demanda». En cuanto a estos temas remitimos a nuestro estudio, *Sobre las variaciones «sustanciales» de la demanda y su tratamiento en los procesos de trabajo*, en «Rev. Derecho del Trabajo», 1961-1, número 43. La cuestión se enlaza, a su vez, con la muy compleja de las *cuestiones nuevas* en casación, sobre la que existe una enorme masa de jurisprudencia.

A su vez el artículo 74 del T. R. P. L. tiene su precedente inmediato en el artículo 467 del Código de Trabajo.

(10) Art. 164, núm. 2, párrafo segundo, T. R. P. L.



meramente traídas al proceso: y la sentencia sigue siendo congruente en cuanto falle sobre pretensión inicial con todas sus modificaciones admisibles (11). No es tanto que se debilite el juego del requisito de la congruencia como que se amplía la base de pedimentos a la que debe ir referido; no hay que atenerse estrictamente a la demanda ni, *a fortiori*, a su suplico, sino, más genéricamente «a lo que ha sido objeto de debate o pretensiones de las partes» (S. T. S. 30-VI-1953). Nótese, por lo demás, que el principio rogado se mantiene en su integridad porque la aportación de variaciones sigue siendo actividad de parte.

### C) *Sobre la laxitud de la congruencia en el proceso de trabajo.*

Tienen una dilatada tradición las afirmaciones jurisprudenciales en el sentido de que el requisito de la congruencia ha de apreciarse en los procesos de trabajo, señaladamente en aquellos cuyo objeto está constituido por pretensiones basadas en las normas sobre accidentes, con más laxitud o con menos rigor que en los procesos civiles; así, elegida por vía de ejemplo entre otras muchas, «al criterio antes expuesto (en virtud del cual se condena a una aseguradora como responsable directa de un accidente de trabajo, pese a que en la demanda se había pedido su condena solidaria con el empresario y con la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo), no se opone el sentido secular de la congruencia, *que ha de ser más laxo en materia como la social*» (S. T. S. 15-I-1941); aunque en ocasiones muy numerosas —tantas o más que en aquellas en las que se sienta pura y simplemente la doctrina citada— el Tribunal Supremo no hace sino dejar constancia de esta *laxitud* para decir a continuación que, pese a ella, el requisito de la congruencia es desde luego exigible (12); aunque los principios generales sentados por la jurisprudencia civil respecto de la congruencia son aplicados por la jurisprudencia

(11) Naturalmente, los principios de congruencia juegan también respecto de la reconvencción; por ello, por ejemplo, el magistrado no pudo condenar al demandante «por no haber formulado reconvencción en tal sentido la aseguradora demandada» (S. T. S. 3-VII-1961).

(12) Por ejemplo, S. T. S. de 19-XII-1957: «Si bien es cierto que la congruencia es un requisito más laxo en el Derecho social que en el civil, no lo es tanto como para hacer un pronunciamiento no interesado por nadie y fundado en preceptos no invocados»; O S. T. S. de 24-XII-1959: «Si bien el concepto legal de incongruencia no puede ser el mismo en la materia civil común... que en la social..., no lo es menos que tal laxitud no puede ser tan amplia que rebase los límites que las propias leyes procesales en la materia laboral tienen establecidos.» Por lo demás, existen también decisiones muy numerosas en las que no se hace ni las más mínima referencia ni concesión a la *laxitud*, aplicándose pura y simplemente los principios civiles y con frases en ocasiones vigorosas, de la que puede ser ejemplo la siguiente: «... la facultad de aplicar el derecho quedó limitada al tema planteado por las partes. Su modificación oficiosa y peyorativa para la parte demandada implica injusticia sustantiva y procesal» (S. T. S. 24-XII-1950).

social sin excesivas atemperaciones (13); y aunque sea realmente difícil seguir una línea jurisprudencial clara y uniforme que nos explique en qué consiste la amplitud peculiar de la congruencia de las sentencias de la jurisdicción de trabajo y, sobre todo, cuáles deben ser las consecuencias concretas que de aquella amplitud puedan extraerse (14); aun con todo ello, digo, parece evidente que existe la idea difusa en las sentencias del Tribunal Supremo de que hay algo, bien inmediata y directamente en los procesos de trabajo, bien indirecta y mediatamente en las normas de Derecho material que suelen servir de fundamento a las pretensiones que en ellos se

(13) Así, el de que la sentencia absolutoria es congruente siempre, «por cuanto resuelve todas las cuestiones planteadas y debatidas en el pleito» (S. T. S. 16-III-1940; junto con las muy numerosas recogidas en ALONSO GARCÍA y PENDÁS DÍAZ: *Derecho Procesal...*, cit., págs. 35, 180.8. y RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*, Madrid, 1954, vol. I, pág. 1871). Si bien hay que tener en cuenta que la jurisprudencia civil ha atemperado el rigor de la doctrina al admitir que «aun cuando la sentencia que absuelve de la demanda no es, en principio y por regla general, incongruente, en cuanto resuelve todas las cuestiones, hay casos en los que puede producirse tal vicio procesal si en el fallo se deciden los temas de modo y por fundamentos no aducidos oportunamente o cuando la absolución se funda en excepciones no alegadas» (S. T. S., Sala I, de 15-II-1957, que reitera la doctrina similar contenida en las de 3-XII-1928, 23-II-1934 y 4-IV-1936). Pero las mismas atemperaciones ha introducido la propia Sala de la Social; así, y tras la consabida consideración de que «el sistema (de congruencia) no debe verse demasiado riguroso en esta jurisdicción», se dice que alegada «la prescripción de la acción interpuesta, en la sentencia no se alude a este particular ni indirectamente, y por omisión se incide en infracción de dicho principio» (del de congruencia); el principio, es claro, juega también a la inversa, de forma que «no habiendo sido alegada la excepción de prescripción, su estimación de oficio por el Tribunal *a quo* constituiría... un vicio de incongruencia» (S. T. S. de 24-X-1919 y 6-XI-1940, respectivamente). La propia doctrina si se resuelve sobre las excepciones de defecto en el modo de proponer la demanda o de falta de personalidad, cuando las mismas no han sido propuestas, o si se deja de resolver sobre ellas en sentencia absolutoria, habiendo sido propuestas (S. T. S. 8-III-1926, 2-VII-1931, 18-XI-1949). Pero continúan dictándose sentencias en las que parece como si la doctrina de que el fallo absolutorio no es incongruente, no tuviera salvedad alguna; así, recientes, las de 10-I-1961 (dos sentencias); en una de ellas, por ejemplo, se habla de «la doctrina general y reiterada de este Supremo Tribunal a cuyo tenor el fallo absolutorio no puede ser atacado de incongruencia, porque resuelve todas las cuestiones jurídicas planteadas y debatidas en el juicio».

Por otro lado existen también decisiones con arreglo a las cuales el fallo condenatorio «resuelve por completo el problema planteado en el litigio y, por tanto, quedan igualmente decididas todas aquellas cuestiones o alegaciones que en defensa de su respectivo derecho hayan podido hacer las partes» (S. T. S. 6-VI-1961, según la cual «casi lo tiene declarado la unánime y copiosa jurisprudencia» que refiere la incongruencia o congruencia al fallo o parte dispositiva de la sentencia).

(14) La doctrina del Tribunal Supremo al respecto no puede decirse que sea uniforme; las de 14-II y 4-IV-1961 con que se inicia el presente estudio marcan una posición extremadamente avanzada, aunque no sin precedentes; pero existen muchas otras más restrictivas, como tendremos ocasión de ver.

actúan, por virtud de lo cual el Magistrado de Trabajo en sus sentencias de instancia (y el propio Tribunal Supremo al revisarlas en casación) debe dejar de exigir un paralelismo o adecuación perfectos entre aquello que se le pide y aquello sobre lo que falla; algo por virtud de lo cual «en la jurisdicción laboral, *por su propio espíritu y naturaleza*, el concepto de justicia rogada o suplicada no puede tener el concepto estrecho y deficiente que tiene en el Derecho civil» (S. T. S. 24-V-1949).

Indagar en qué consiste este algo es investigar cuál es el fundamento de la amplitud en la apreciación de la congruencia; conviene mucho, a los efectos de este estudio, hacer la indagación, porque descubierto cuál sea el fundamento —o los fundamentos— posiblemente se pueda dar alguna luz sobre si realmente debe debilitarse, y sobre si realmente se ha debilitado, y en qué medida en uno u otro caso, la exigencia del requisito de congruencia de las sentencias; porque se trata de un requisito impuesto por la lógica immanente al proceso y que atañe a su propia esencia como institución jurídica, de tal forma que se alcanza muy pronto el límite más allá del cual habría de decirse que estamos fuera de aquél y nos hallamos ante procedimientos administrativos, justamente caracterizados, según se vió, por la facultad de quien conoce de ellos de decidir tanto sobre lo pedido por los interesados como sobre todas las cuestiones «que se deriven del expediente». Sencillamente de lo que está en tela de juicio, en el análisis de la congruencia, es si el proceso de trabajo es tal proceso y, consiguientemente, si la jurisdicción del trabajo es tal jurisdicción.

#### IV. INDAGACIÓN SOBRE LA PRETENDIDA DEBILITACIÓN DE LA CONGRUENCIA EN EL PROCESO DE TRABAJO

Si dirigimos la pregunta directamente a la jurisprudencia, inquiriendo cuáles son las razones que las propias sentencias dan sobre la debilitación que se dice existente del principio de congruencia, y si nos atenemos, además, a las respuestas explícitas y expresas que en las mismas aparecen, nos encontramos, cuando menos, con el siguiente arsenal de argumentos, utilizados aislada o conjuntamente.

##### A) *Sobre la «crisis» general del principio de congruencia.*

Por lo pronto, en alguna rara pero muy cuidada sentencia, se afirma que el principio de congruencia en general se halla en una especie de crisis; textualmente se nos dice, con expresión casi convertida en cláusula de estilo, que, desde luego, «el concepto legal de la congruencia no puede ser el mismo tratándose de Derecho civil... que del Derecho laboral»; pero que, además, «ya en el propio

Derecho civil se va concediendo a la incongruencia una amplitud de juicio y de doctrina que no es la inflexible, rígida y exigente que tenía al estímarla como ajuste casi material entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia», habida cuenta de que «para los Tribunales lo esencial es la justicia de los fallos sobre la base de lo discutido en el juicio, más que las palabras y hasta conceptos oscuros o peticiones deficientes que en la demanda se hicieren y que pudieran entorpecer la justicia» (S. T. S. 24-VI-1949). Lo que se aprecia en esta decisión es una falta de equilibrio entre la amplitud de las declaraciones y lo parco de las conclusiones que de ellas se extraen; porque a la postre, a lo que se viene a parar es a que no son estrictamente las demandas, ni sus suplicos, a lo que ha de ir referida la congruencia de los fallos, sino a «lo discutido en juicio», con lo que se entra en el tema, ya analizado brevemente más arriba, de las ampliaciones —o de las precisiones— no sustanciales de la demanda al ratificarla en juicio oral o al formular las conclusiones al final de éste. Pero ni realmente se está en verdad manifestando que haya hecho crisis la doctrina de la congruencia ni se pretende apurar la elasticidad de ésta; sin tanto empaque doctrinal, a mi juicio, son mucho más amplias y trascendentes en sus consecuencias las dos con que se ha abierto el presente estudio.

#### B) *Sobre la postulación en los procesos de trabajo.*

En más de una decisión, la *laxitud*, por utilizar la expresión que reiteradamente aparece en las sentencias, se quiere fundar en la circunstancia de que en los procesos de trabajo las partes pueden postular procesalmente (en la instancia, ante las Magistraturas), sin estar asistidas técnicamente por Letrado; así se habla de la «inexistencia de asistencias técnicas» (S. T. S. 15-I-1951) o, con frase muy similar, de «materia social... inexistente de asistencias técnicas para el obrero» (S. T. S. 22-VI-1959) como apoyos para la tolerancia en esta materia; o, en el supuesto contrario, se es más estricto «si el operario se encontró asistido en el juicio de defensa técnica» (S. T. S. 24-XII-1959). Efectivamente, como es sabido, en los procesos ante la Magistratura de Trabajo «no será necesaria la intervención de Abogado ni Procurador» (15). Sin embargo, este argumento, cada vez menos usado, casa mal con la conclusión que de él se extrae; y revierte tam-

---

(15) T. R. P. L., art. 10; en otro lugar he expuesto que ante la jurisdicción de trabajo no sólo puede comparecer el trabajador por sí, sino representado por cualquier persona, con tal que ésta tenga capacidad de obrar plena (*Sobre la representación procesal en los juicios ante la Magistratura de Trabajo*, en «Rev. de Derecho del Trabajo», 1959, 2, 32; en cambio Menéndez Pidal cree que, si no comparece personalmente, el trabajador forzosamente ha de hacerlo por medio de Abogado o Procurador (*Apéndice al Derecho Procesal Social*, Madrid, 1959, pág. 18).

bién en que no hay que estar a tenor literal y escrito de las peticiones de la demanda, sino a lo alegado y probado en el juicio; dicho de otro modo, que la sentencia ha de atenerse a la sustancia o fondo de las peticiones que se deduzcan y no a la fórmula jurídica-formal técnica con que se las vista; algo que recuerda a la doctrina administrativa según la cual los escritos y recurso han de calificarse por lo que de su contenido resulte, y no por el nombre arbitrario que puedan haberles asignado los peticionarios o recurrentes; o a la doctrina, también de la Sala VI, según la cual un contrato es o no de trabajo con independencia del nombre que por una u otra razón le hayan dado las partes. Pero todo esto no es un ataque, sino una defensa de la congruencia; lo que se quiere salvar es la mala formulación de las demandas de forma que sean congruentes con la voluntad de los demandantes al formularlas, y no buscar escapes en que amparar una supuesta incongruencia de los fallos (16).

### C) Sobre la máxima «*iura novit curia*».

En otras sentencias, en combinación con otros argumentos sobre los que más adelante se reflexionará, la pretendida debilitación del principio de congruencia aparece unida a un juego especialmente intenso del principio *iura novit curia*; sirva aquí de ejemplo la S. T. S. 16-III-1960: «no puede olvidarse que esta jurisdicción (la de trabajo) tiene más acusado el deber de servicio que incumbe a los Tribunales, a la máxima *iura novit curia*, en razón a la función protectora de la parte débil en la relación laboral o carácter tutelar del trabajador que justifica su especialidad»: dejando a un lado el tema de si realmente puede y debe hablarse hoy de la Jurisdicción de Trabajo, en buenos principios, como «protectora» o «tutelar» y si no será más cierto que es, pura y simplemente, una jurisdicción especial por razón de la especialidad jurídico-material de los conflictos (posiblemente la tarea tutelar subsiste, pero tan sólo en trámite de conciliación; y, por cierto, ésta no existe en los pleitos sobre accidentes de trabajo), lo que se nos está diciendo, parece, es que el principio de que el Juez conoce el Derecho tiene como más vigencia en los procesos de Derecho del Trabajo que en otros procesos, presumiblemente que en los civiles comunes; pero creo que en este punto hay una confusión latente. Es, desde luego, cierto que la máxima en cuestión

---

(16) En tal sentido, la finalidad que se persigue puede quizá ser conseguida si el magistrado hace uso de su facultad de advertir a la parte «de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar su demanda, a fin de que los subsane dentro del sexto día» (T. R. P. L., art. 68); porque se podría configurar como un defecto, subsanable por esta vía, las imprecisiones en suplico, puesto que la concreción en éste aparece como «requisito», parece que formal, de la demanda en T. R. P. L., artículo 67-5. Sobre este punto, ver más abajo el estudio de las variaciones de la demanda.

juega con gran intensidad en los procesos de trabajo; hasta tal punto juega que las demandas no necesitan en absoluto contener fundamentos ni alegaciones de derecho; basta la designación de la Magistratura y de las partes, la enumeración clara y concreta de los hechos y la súplica (17): terminantemente, el Derecho tiene que conocerlo el Magistrado, puesto que la parte no se le impone ni siquiera la elemental carga procesal de alegarlo.

Ahora bien, de aquí se debería sacar la consecuencia —o si se quiere, ha de sacarse inexorablemente la consecuencia— de que nunca puede ser incongruente una sentencia de la Magistratura de Trabajo porque falle en virtud de fundamentos de derecho no alegados o distintos de los alegados por las partes, lo que por otro lado no sería sino una aplicación particularmente enérgica del principio de que la fundamentación de derecho no individualiza las pretensiones procesales ni, en consecuencia, puede ni debe referirse a ella la congruencia o incongruencia de los fallos. Lo que ocurre es que, en ocasiones, la fundamentación de derecho refluye sobre las peticiones y al variar aquélla se están, en realidad, variando éstas; pero entonces estamos por completo fuera del *iura novit curia* y entramos en el tema de la soberanía de las partes sobre sus peticiones y de la obligación del juzgador de atenerse a ellas al sentenciar, que es el terreno propio de la congruencia (18). Creemos, por tanto, que por esta vía se llega a un callejón sin salida.

Incidentalmente se ha de decir que el supuesto de hecho contemplado por la S. T. S. de 16-III-1960 citada, es el muy peculiar de que el accidentado demandante había suplicado una declaración legalmente imposible, pidiendo que se condenara al responsable del accidente a que constituyera los capitales bastantes

(17) T. R. P. L., art. 67; absurdamente el T. R. P. L. exige fundamentación de derecho en la reclamación administrativa previa a los procesos ante la Magistratura de Trabajo en materia de seguros sociales y mutualismo laboral (art. 130); remitimos sobre este último tema a nuestro estudio *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961 (páginas 106 y sigs).

(18) La distinción que se recoge en el texto aparece expuesta con gran claridad en la S. T. S. (Sala I) 11-XII-1959: «Está permitido, como enseña la jurisprudencia, que la fundamentación jurídica de los fallos sea distinta de la preconizada por las partes»; pero esto es sólo «en el supuesto de que ello no implique una modificación o desfiguración de la causa de pedir y de su congruente fundamentación de derecho». Menos precisa es la S. T. S. de 12-V-1960, conforme a la cual «da congruencia se cumple siempre que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para que por ella queden definitivamente resueltos todos los puntos que hubieren sido objeto de debate, sin más excepción que la de no poder el juzgador completar ni sustituir hechos ni elementos procesales que fueron escogidos por las partes litigantes en el pleito, o acoger una causa jurídica o acciones o excepciones distintas de las controvertidas o alegadas en el mismo».

para que le fuera abonada una pensión del 75 por 100 del salario, cuando la ley material vigente sólo preveía pensiones del 55 por 100 (para las incapacidades permanentes y totales para la profesión habitual) y del 100 por 100 (para las incapacidades permanentes y absolutas para todo trabajo); la máxima *iura novit curia* se trae a colación para rechazar la impugnación por incongruencia de la sentencia condenatoria a la renta del 100 por 100 del salario, correspondiente a la incapacidad permanente y absoluta alegada en la demanda y probada en el juicio; probablemente el razonamiento más ajustado hubiera, quizá, sido el que la petición referida a la cuantía de la renta era innecesaria, pues esta había de derivarse automáticamente de la incapacidad cuyo reconocimiento se pedía, con lo que era un elemento accesorio de lo suplicado del que se podía prescindir sin incidir en incongruencia; y más si se trataba de petición accesoría incompatible —o incongruente— con la petición principal y básica (19).

#### D) *Sobre el carácter «tuitivo» del Derecho del Trabajo.*

Pero, con mucho, los razonamientos más utilizados, especialmente en la jurisprudencia más reciente (en la de ella —y no es toda— que no aplica principios civiles estrictos de congruencia (20), son de otra naturaleza, tendiendo a apoyarse en un es-

(19) En alguna sentencia ha llegado a decir el Tribunal Supremo que ni siquiera son incongruentes las sentencias en que no ya se otorga una cuantía de renta distinta de la pedida en la demanda, sino que se concede una incapacidad distinta y más elevada que la pedida; terminantemente, S. T. S. 7-III-1934: «La sentencia recurrida no ha incidido en la acusada incongruencia por ... calificar la incapacidad sufrida por el obrero demandante de manera distinta a la determinada por éste en su demanda y conceder por ello una indemnización superior en cuantía y pagadera en forma distinta de la también exigida por el mismo obrero en el propio escrito»; se basa el razonamiento en que el artículo 158 del Código de Trabajo no exigía (hoy el T. R. P. L. parece exigirlo; art. 67, apartado 4, segunda enumeración) al obrero definir ni calificar su incapacidad. Pero en bastantes sentencias, aun durante la vigencia del Código de Trabajo, el Tribunal Supremo había sentado la doctrina opuesta; pedida una incapacidad permanente parcial, «a esta petición... debió ajustarse la Magistratura sentenciadora, sin rebasarla, para no incurrir, como lo hizo, en el vicio de incongruencia, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concediendo más de lo pedido» (S. T. S. 15-I-1946).

Dicho sea de paso, la S. T. S. 7-III-1934 se acomodaría perfectamente a otra tendencia jurisprudencial, en materia distinta, conforme a la cual la calificación de las incapacidades es una pura cuestión de derecho de la competencia exclusiva del juzgador (las decisiones a este respecto son abundantísimas y plantean muy complejas cuestiones; algunas de ellas las hemos abordado en nuestro artículo *Hecho y derecho en la calificación de incapacidades*, en «Rev. de Trabajo», 1960, 3).

(20) Reiteradamente hemos venido aludiendo al hecho de que junto a sentencias como las que están siendo comentadas aparecen otras también de la Sala VI sin concesión alguna a la *laxitud*; ver, por ejemplo, S. T. S. 3-XI-1960: «Tal determinación no pudo ser adoptada por el

pecial carácter, en ocasiones no bien definido, de las normas laborales, que al parecer es el que impone la *laxitud* en la apreciación del requisito.

El poder «según ha declarado la jurisprudencia, prescindir del rigorismo procesal de acomodar la sentencia a los términos de lo pedido» (21), se dice, deriva del carácter *tuitivo* de la legislación laboral; bien de toda ella, en general («el sentido secular de la incongruencia ha de ser más laxo *en materia social*, por su función tuitiva», S. T. S. 22-VI-1959), bien específicamente de las normas materiales o sustantivas («dado el carácter tuitivo *de la legislación laboral...*, etc.»), y se está razonando en la sentencia sobre el Texto refundido de la legislación sobre accidentes de trabajo, S. T. S. 11-II-1959), bien concretamente de las normas reguladoras del proceso («el carácter laxo y tuitivo del procedimiento social..., etc.»), S. T. S. 11-V-1959).

Precisando un punto más en qué consiste el mentado carácter tuitivo y quién es el sujeto pasivo de la tutela, dice alguna sentencia que «el concepto legal de incongruencia no puede ser el mismo en la materia civil común, de carácter esencialmente privado (22), que en la social de carácter tutelar *del trabajador, o parte débil en la relación jurídico-laboral*» (S. T. S. 24-XIII-1959), o se habla, con frase muy parecida, de «la *función protectora de la parte débil en la relación jurídica laboral o carácter tutelar del trabajador* que justifica su especialidad» —la de la Jurisdicción de Trabajo— (S. T. S. 16-III-1960).

Pero estos tipos de razonamiento son realmente parcos para justificar un abandono, o una desviación importante, del principio de congruencia; es lícito traer la debilidad y la consiguiente tutela al ámbito del proceso de trabajo (muy especialmente en los procesos sobre accidentes de trabajo, en que una de las partes es no ya un trabajador, sino un trabajador *accidentado*, lo que psicológica y socialmente es muy distinto, y mucho más en los casos de que conoce el Tribunal Supremo en materia de accidentes, que son los extremadamente penosos de accidentados muertos o incapacitados para toda la vida por sus lesiones (23): dicho sea de paso, y este tema merecería un muy detenido análisis, estos vagos principios tuitivos comenzaron jugando precisamente en las decisiones sobre accidentes de trabajo y de allí se han querido tras-

---

juzgador *a quo*, como tampoco es procedente que lo acuerde ahora esta Sala, en virtud del principio de congruencia, establecido en el artículo 359 de la Ley Rituaria Civil.

(21) S. T. S. 11-II-1959.

(22) El inciso transcrito es reproducción casi literal de una decisión anterior (S. T. S. 24-VI-1949).

(23) En materia de accidentes de trabajo tan sólo son recurribles en casación las sentencias de las Magistraturas de Trabajo «que decidan reclamaciones por incapacidades o muerte... y por incapacidades temporales acumuladas a las de naturaleza permanente». (T. R. P. L.: artículo 163-1).



ladar a las decisiones sobre contrato de trabajo, para los que no son tan adecuados; un examen comparativo de la jurisprudencia, que no es éste el lugar de hacer, llevaría, creo, a la conclusión de que los temas estrictos de contrato de trabajo están siendo afrontados con un rigor estrictamente «civil», si se nos admite la expresión, mientras que el subconsciente tutelar sólo juega, cuando juega, para los accidentes; la distinción jurisprudencial, muy pocas veces explícitamente formulada, pero completamente evidente, tiene un fundamento humano profundo; y a todos nos debe poner en guardia, incluida la jurisprudencia, sobre que las afirmaciones que se hacen en torno a los accidentes de trabajo —probablemente— ni pueden ni deben ser extendidas a los demás sectores del ordenamiento laboral, y sobre que no se debería hablar genéricamente de éste si se está estudiando o decidiendo sobre materia de accidentes; insisto en que éstos son tema aparte y singular en el Derecho del Trabajo e, incluso, en la Seguridad Social (24); es lícito, decía, que jueguen en el proceso los criterios tutelares del trabajador, y más si es un accidentado; pero se salta al vacío si desde tal plano se pasa al muy otro de que las sentencias no tienen que acomodarse a lo pedido o, más ampliamente, a lo debatido en el proceso; la tutela permite la introducción en el proceso en fase posterior a la demanda de peticiones adicionales que no impliquen modificación sustancial; posiblemente lo que debería hacer el Magistrado de Trabajo —y en casación el Tribunal Supremo— es tener un amplio criterio respecto de cuáles son o dejan de ser modificaciones sustanciales, admitiendo, por vía de ejemplo, como en más de una ocasión lo ha hecho, que no lo son en ningún caso las que se refieran a los grados de incapacidad a reconocer (25),

---

(24) La especialidad en bloque de las normas sobre seguridad social respecto de las normas sobre contrato de trabajo es tan evidente que para buen número de autores se trata de dos ordenamientos distintos e independientes (remitimos, sobre el tema, a nuestras *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1959, cap. I, y a nuestro estudio *Régimen jurídico de la Seguridad Social*, en «Rev. de Administración Pública», núm. 19, 1956); también es notoria la especialidad de las normas sobre accidentes de trabajo en el régimen de seguridad social, incluso en los de tendencias más uniformadoras, como el británico (ver BEVERIDGE, W.: *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942, párrafos 85 a 89, justamente defendiendo *The case for a special method of meeting cost of industrial disability*, aunque la especialidad va desde luego mucho más allá del tema de los costes).

(25) La jurisprudencia al respecto comenzó siendo vacilante; frente a sentencias —como la comentada en la nota (19)— para las cuales variar de pedimento, respecto del contenido de la demanda, para solicitar un mayor grado de incapacidad no constituye variación sustancial ni el reconocimiento de aquél, en consecuencia, determina la incongruencia de la sentencia, existen otras (como las de 22-II-1934 y 16-III-1927) en las que la solución es contraria.

Pero la jurisprudencia parece inclinarse decididamente por la primera tesis; así en un supuesto en que en la demanda se había solicitado el reconocimiento de una incapacidad permanente total (renta, 55 por 100), rectificándose el pedimento en el acto del juicio para solicitar una gran inva-

o a los salarios que deban tomarse de base para el cálculo de las capitalizaciones de que han de salir las rentas para el abono de las pensiones a los incapacitados (26). Esta sería una buena vía y, en cualquier caso, preferible a la de destrozarse el proceso mediante la admisión de sentencias a las que falte el requisito esencial de su congruencia con lo que ha sido objeto de discusión en el juicio; se podría aducir que el molde legal («no podrá hacer ninguna variación sustancial») es demasiado estrecho, y con toda seguridad lo es y está necesitado de modificación, si no en general para los procesos de trabajo, sí para los procesos especiales sobre accidentes de trabajo (27); pero la doctrina del Tribunal Supremo y concretamente en materia de accidentes de trabajo, ha sabido escapar de moldes aún mucho más estrechos como lo han sido —citando sólo ejemplos sobradamente conocidos— la ampliación del concepto y la protección de los accidentes de trabajo a las enfermedades pro-

---

lidez (renta, 150 por 100), se declara que «permitiendo el artículo 405 del Código de Trabajo (hoy art. 72, T. R. P. L.) que en el acto del juicio pueda ser ampliada la demanda en forma que no implique una variación sustancial de la misma, la modificación efectuada por el actor no puede ser calificada de sustancial, ya que no afecta a los derechos esenciales de la demanda... sino exclusivamente al derecho aplicable que en todo caso había de tener en cuenta el Magistrado sentenciador» (S. T. S. 27-I-1951; en sentido muy similar la de 1-II-1950).

Por otro lado, en aquellas sentencias del Tribunal Supremo en las que se declara incongruente la decisión de instancia por condenar a grado de incapacidad superior al pedido, es frecuentísimo que se recalque que se llega a tal conclusión porque la petición de la demanda había sido mantenida por el actor sin rectificaciones ni ampliaciones, así al ratificarla en el juicio como en trámite de conclusiones (sentencias de 15-I-1946, 29-XII-1951 y 24-XII-1950, entre otras muchas); esto autoriza a suponer, y más en vista de las sentencias citadas en el párrafo anterior, que si en el juicio o en conclusiones se hubiera variado el pedimento la sentencia no hubiera sido incongruente, lo que a su vez quiere decir que la modificación en cuestión de la demanda no debe reputarse «sustancial».

Finalmente, conviene añadir que es reiterada y constante la doctrina de que no es incongruente la sentencia que condena a incapacidad menor de la pedida (por todas, S. T. S. 29-X-1960); aunque esta doctrina, probablemente, no es de aplicación si el demandado no impugnó en el juicio el grado de incapacidad pedida, centrando su discusión sobre otros temas; porque, en este caso, reconocer incapacidad menor es, claramente, fallar sobre algo no debatido en el pleito, claro caso de incongruencia.

También la jurisprudencia es vacilante y no ya respecto a si el aumento respecto de los salarios constituye una modificación sustancial, sino en cuanto a tema básico de si condenar a la constitución de capitales sobre salarios superiores a los pedidos determina o no la incongruencia de la sentencia; en el primer sentido ver, entre otras, sentencias de 10-II-1931 y 19-XII-1950; en el segundo, también entre otras, sentencias de 20-IV-1944 y 7-XII-1951.

(27) En el T. R. P. L. los procesos sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son procesos especiales, y como tales están regulados en el título dedicado a ellos (tít. II, lib. II, sec. 4.<sup>ª</sup>)

fesionales (28), la admisión como de trabajo de los accidentes ocurridos al ir y al venir del lugar en que aquél se está prestando (29), o la imposición de la responsabilidad a las aseguradoras que han estado percibiendo primas y que después pretenden exonerarse a pretexto de que la empresa no reconoció médicamente a los trabajadores antes de su ingreso en trabajo en ambiente polvigeno (30).

### E) *Sobre la demanda y sus ampliaciones «no sustanciales».*

El tema de la posibilidad de variaciones no sustanciales de la demanda enlaza muy directamente con el de cuál debe ser la medida de precisión a exigir en la súplica de aquélla; el T. R. P. L. exige, con carácter general, que en la demanda conste «la súplica de que sea condenado el demandado o demandados: a la entrega de la cantidad que se considere exigible, sin perjuicio de la que se fije en conclusiones definitivas; a la ejecución o abstención de actos o hechos determinados» (art. 67-4; primera enumeración (31); específicamente en las «demandas por accidente», se hará constar «fecha del alta o incapacidad resultante, en su caso» (art. 67-4, tercera enumeración); y específicamente en las «demandas por enfer-

(28) Desde la trascendental sentencia de 17-VI-1903, la jurisprudencia al respecto es constante; v. HERNÁNZ MÁRQUEZ, M.: *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 1953, págs. 93 y sigs.; LERA COBEÑA, M. y MACÍAS AGUIRRE, C.: *Seguro de Accidentes de trabajo*, Madrid, 1950, págs. 98 y sigs., donde se recogen abundantes sentencias.

(29) Ampliación esta completamente consolidada a través de decenas de decisiones, aunque la jurisprudencia se resiente, quizá inevitablemente, de un extremado casuismo; como se resiente, y esto quizá fuera evitable, de una defectuosa, a mi juicio, aplicación de la doctrina del riesgo profesional; la imprudencia al ir o al venir del trabajo ni es ni deja de ser profesional, sino que ha de referirse a las imprudencias habituales de quien transita por las vías públicas o utiliza medios de transporte; utilizando un ejemplo, no tiene sentido, creo, negar que sea accidente de trabajo el accidente ocurrido porque el accidentado iba en el estribo de un tranvía mediante la afirmación de que se trataba de una imprudencia no profesional; se trata de otro tipo de imprudencia —la de los que usan los tranvías y además no excesiva, por lo que, de nuevo a mi juicio, el hecho debe ser reputado como accidente de trabajo, siempre sobre la base de que los ocurridos al ir y volver del trabajo, según la jurisprudencia, lo son en principio.

El reconocimiento como accidentes de los acaecimientos de que se está hablando tiene, además, una muy profunda influencia sobre el carácter y la esencia misma de la responsabilidad patronal; remitimos a nuestras *Instituciones de Seguridad Social*, págs. 39 y sigs.; también HERNÁNZ MÁRQUEZ, M.: *Accidentes ocurridos a la ida y vuelta del trabajo*, en «Rev. Esp. de Seguridad Social», 1047-12; DEL PESO Y CALVO, C.: *Accidentes «in itinere»*, en la misma Revista, 1961-1.

(30) Un análisis completo de este tema en el trabajo de Borrajo, ya citado, *El reconocimiento médico por silicosis en la legislación y en la jurisprudencia*.

(31) Este precepto es reproducción casi literal del artículo 456-4 del Código de Trabajo.

medades profesionales», se consignará detalladamente el «grado de enfermedad» y la «indemnización pedida» (art. 67-2 y 3, cuarta enumeración). Aunque la redacción de los preceptos en cuanto a accidentes y enfermedades profesionales diste mucho de ser feliz (por ejemplo: no se sabe si la «incapacidad resultante» es requisito del suplico, o de la exposición de hechos, o de ambos; lo mismo respecto del «grado de enfermedad»; parece, en cambio, que la indemnización, en el supuesto de enfermedades profesionales, sí ha de formar parte del suplico, puesto que se habla de «indemnización pedida»), parece en principio que el deseo del T. R. P. L. es que en la súplica de la demanda conste el grado concreto de incapacidad, y la indemnización consiguiente, que se pide, sin duda con objeto de centrar *ab initio* la pretensión que va a ser objeto de examen, y aunque —a tenor de la jurisprudencia sobre la que ya se ha reflexionado— la modificación ulterior de indemnización o grado no constituya una variación sustancial.

El problema que inmediatamente se plantea es el de si es admisible una demanda con súplicas del tipo de que «se le otorgue —al demandante— la indemnización legal que proceda» o se le declare «la incapacidad que padece»; o con la aún más elemental, tras de referirse en el cuerpo de la demanda «genéricamente a la incapacidad que sufre... sin precisar su clase», de que «se cite a las partes para que cada una haga uso de su derecho» (32): dicho en general, si es admisible una demanda que no precise el grado de incapacidad pedida ni la cuantía de indemnización. Desde luego hasta la promulgación del T. R. P. L. tales demandas eran admisibles y así lo consagró la jurisprudencia; su enorme ventaja en cuanto a la materia que nos está ocupando es la de que con peticiones tan genéricas la latitud del Magistrado al sentenciar es muy grande, ampliándose la zona dentro de la cual la sentencia es congruente. Si un accidentado pide que se le reconozca «la incapacidad que padece», y tal petición se admite, la concesión de cualquier grado de incapacidad resulta congruente, desde luego, con lo pedido.

A esta conclusión tan lógica llegó la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, de las que son ejemplo las sentencias citadas en la nota 32: lo importante para éstas es que la incapacidad a que en definitiva se hubiera condenado y aún más generalmente el estado físico del accidentado, haya sido objeto de discusión y debate en el juicio; «la propia acta del juicio... viene a demostrar... que el debate se plantea... (y que)... en el momento procesal de la prueba son materia de múltiples dictámenes médicos... la existencia y grado de incapacidad para el trabajo de los obreros reclamantes. Si, pues, de lo dicho aparece claro que todos estos

---

(32) Los pedimentos de que se habla están tomados de casos decididos por sentencias del Tribunal Supremo (por su orden, sentencias de 30-X-1952, 4-VII-1955 y 24-VI-1949).

puntos fueron objeto de amplia controversia y prueba pericial médica, no es posible aceptar como incongruente la sentencia que se pronuncia sobre ellos y, por tanto, el motivo primero del recurso es improcedente» (S. T. S. 3-I-1947); todo ello pese a la «clara indeterminación de lo que se pide en estas demandas».

Lo que habría que preguntarse a continuación es si, tras el T. R. P. L., y en vista de los textos que se han transcrito más arriba, este tipo de suplicos «indeterminados» sigue siendo admisible en las demandas y si continúa existiendo, por tanto, la posibilidad de elaboración de doctrina basada en los mismos; se trata de una cuestión dudosa; la exigencia la establece el T. R. P. L. bajo las fórmulas «se hará constar» y «se consignará detalladamente», que parecen claramente imperativas, de forma que la mención de la demanda del grado de incapacidad parece elevarse a la categoría de requisito de la misma. Con arreglo al propio T. R. P. L. (art. 68) el Magistrado de Trabajo puede advertir al demandante «de los defectos u omisiones en que haya ocurrido al redactar su demanda» (33), con lo que en principio parecería como si dentro de sus facultades estuviera la de exigir la discutida precisión en los suplicos. Con todo y con esto parece excesivo atribuir al Magistrado de Trabajo el control de los suplicos de las demandas, esto es, de lo que se pide y de cómo se pide, que es una típica y característica actividad de parte, y no de órgano jurisdiccional; otra interpretación sí que equivaldría a ir recta y derechamente contra el carácter rogado de la jurisdicción de trabajo, que la jurisprudencia ha mantenido con insistencia (34). Pese, pues, a su redacción los preceptos del T. R. P. L. de que se está hablando hay que tomarlos como meramente admonitivos y no como imperativos; es absurdo que se rechace una demanda con suplico del tipo de los que se ha estado examinando y mucho más lo es que el Magistrado diga cómo o qué se ha de pedir; las demandas, es claro, tienen que tener una mínima determinación del objeto del pleito, esto es, de la pretensión que en ellas se contiene, y el demandante es el primer interesado en ello, pues que después sólo va a poder, en el acto del juicio, alegar y probar en base a esta pretensión, sin alterarla sustancialmente. Pero el correctivo no está en rechazarlas en trámite de admisión, sino en no admitir debate sobre materias diversas en el acto del juicio. Por lo demás, aquellos otros razonamientos sobre «inexigencia de asistencias técnicas» y hasta sobre el carácter «tuitivo»

---

(33) «... a fin de que los subsane dentro del sexto día, y si así no lo efectuase ordenará su archivo».

(34) La amplitud en la apreciación, «no autoriza, sin embargo, al juzgador a quebrar el principio de la jurisdicción rogada, en que también se informa la legislación laboral» (S. T. S., 31-XII-1942); «en las leyes de Derecho social... no se altera el principio de rogación» (S. T. S., 24-XII-1950); «el principio de rogación no está abolido en la materia laboral, sino simplemente atenuado» (S. T. S., 24-XII-1950).

de las normas de accidentes de trabajo, justifican en este terreno una cierta tolerancia al respecto.

La conclusión, pues, es la de que una demanda en la que se pida la declaración de una incapacidad permanente sin precisar su grado sigue siendo admisible; y congruente la sentencia que, en vista de lo debatido, condene a cualquier grado de incapacidad. Así, a la postre, se viene a incidir de nuevo sobre la realidad que constantemente reaparece a lo largo de este trabajo, a saber, que la congruencia del fallo no ha de ir referida a la demanda, y menos a su suplico, sino al complejo procesal demanda-juicio-conclusiones (35).

F) *Conclusión: una comparación con el proceso civil.*

La indagación que hasta aquí se lleva hecha ha demostrado, creo, que las decisiones jurisprudenciales, pese a no ser en ocasiones muy rigurosas en la formulación de los principios en que descansan y la dificultad de seguir a través de ellas una trayectoria uniforme, están efectivamente en lo cierto cuando, al tiempo, afirman que el principio de congruencia es más amplio o

(35) El *juicio* en el proceso ordinario de trabajo (y en el especial de accidentes y enfermedades profesionales) es un complejo de actos procesales concentrados, orales e inmediatos; durante él tienen lugar los actos fundamentales de alegación y prueba; y de él forman parte, en su iniciación, las ampliaciones no sustanciales de la demanda tan repetidamente aludidas a lo largo de este trabajo; y, en su final, la formulación de las conclusiones definitivas por las partes en vista de lo alegado y probado; entre ambas actuaciones se intercala —entre otras— toda la actividad probatoria, ya que en el proceso de trabajo (dejando a un lado los supuestos muy excepcionales en que se puede conceder la práctica anticipada de pruebas, así como la facultad del Magistrado de aportar de oficio material probatorio adicional a través de las diligencias para mejor proveer) sólo se admiten (as pruebas que se formulen y puedan ser practicadas en el acto).

Es a todo este conjunto de actividad —al que la jurisprudencia se refiere genéricamente con las expresiones «debate» o «discusión»—, a las alegaciones que durante él se han hecho y se han intentado probar por el demandante, y a las alegaciones y pruebas contradictorias ofrecidas por el demandado, al conjunto de lo debatido y discutido bajo el principio de la contradicción procesal, con posibilidad de defensa para ambas partes, con la intervención a la vez activa y moderadora del Magistrado de Trabajo, a lo que a la postre viene la jurisprudencia del Tribunal Supremo refiriendo congruencia de las decisiones.

Sobre el proceso de trabajo, ver MENÉNDEZ PIDAL, J.: *Derecho Procesal Social*, Madrid, 1959; ARAGONESES ALONSO, P.: *Estructura y función del Proceso Laboral*, en «Rev. Derecho Procesal», Madrid, 1961-1, así como la abundante y cuidada bibliografía española y extranjera que en éste se cita. Abundan las ediciones anotadas del T. R. P. L., de las que son ejemplo; MON PASCUAL, *La nueva legislación de Procedimiento Laboral*, Barcelona, 1959; LEIRA COBEÑA E. y MACÍAS AGUIRRE, C., *Seguro de Accidentes de Trabajo*, Madrid, 1959 (págs. 1306 a 1560); JIMÉNEZ ASEÑO, L. S. y MORENO MORENO, J. A., *Comentarios al Procedimiento Laboral Español*, dos vols., Barcelona, 1959; ARAGONESES ALONSO, P.: *Legislación Procesal Laboral*, Madrid, 1961. También nuestros estudios *La materia contenciosa laboral y La vía administrativa previa*, Sevilla, 1959 y 1961, respectivamente.

laxo en los procesos de trabajo (señaladamente en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) y niegan que esto equivalga a prescindir del propio principio que, por el contrario, sigue siendo requisito de las sentencias de esta jurisdicción. Conjunta o aisladamente, el carácter «tuitivo» de la legislación material y procesal de trabajo (especialmente la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; esta cualificación ha de hacerse siempre), la especial intensidad con que se reposa sobre el principio *iura novit curia*, la posibilidad de que el trabajador, usualmente demandante, no esté dirigido técnicamente en el proceso por Letrado, son caracteres del proceso de trabajo que llevan a quitar rigidez no a la congruencia como requisito de las sentencias, sino al objeto al que la congruencia del fallo ha de ser referido. La sentencia forzosamente ha de ser congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el pleito: pero éstas no se hallan localizadas precisamente o únicamente en el suplico de la demanda escrita con que el proceso de trabajo se inicia; sino, también, en la fundamentación de hecho y, si la contiene, en la fundamentación de derecho de la misma; en las posibles ampliaciones no sustanciales, interpretadas con gran latitud, que puedan hacerse al comenzar el juicio oral, en la contestación y en las defensas que en ella se usan por el demandado y, en su caso, en la reconvencción (36): en lo que real y efectivamente se vaya alegando y probando, o intentando probarse a lo largo de éste; y en la forma como las partes resumen sus posiciones, en vista de todo lo alegado y probado, en trámite de conclusiones. Es todo este complejo —insistimos en esta expresión, a falta de otra mejor que se nos ocurra— el que delimita el ámbito dentro del cual el fallo puede moverse para seguir siendo congruente; en la medida en que opere dentro del mismo la sentencia es congruente; en la medida en que lo desborde deja de serlo.

Lo curioso es que, si bien se mira, esta especial manera de entenderse la congruencia en los procesos de trabajo es justamente la querida por la Ley de Enjuiciamiento Civil; porque el modo como en ésta se formula el principio de congruencia dista mucho de ser el angosto de que haya de atenderse solamente al suplico de las demandas; la sentencia, dice el artículo 359, LEC., ha de ser congruente «con las demandas y con las demás pretensiones

---

(36) Ver *supra*, nota 11; en los procesos de trabajo domina un criterio amplísimo en cuanto a las reconvencciones admisibles; en principio no hay más límite que dos hechos en que se funde (los hechos y la petición, es claro; la redacción del precepto es defectuosa), sean, por razón de la materia, de la competencia de la Magistratura de Trabajo» (T. R. P. L., art. 72); pero hay que tener en cuenta las prohibiciones de acumulación de acciones que, lógicamente, juegan también para la reconvencción, que no es sino una acumulación que proviene del demandado; y entre ellas, las de que «no serán acumulables a ninguna otra: las acciones... por accidentes de trabajo por incapacidades permanentes o muerte y las de enfermedades profesionales». (T. R. P. L., art. 16.)

*oportunamente deducidas en el pleito», y ha de decidir «todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debates»: quizá lo que ocurra sea que el proceso civil haya hiperformalizado encerrándose en una estrechez mucho más reducida que las que la ley le permitía; sobre los procesos de instancia ha refluído la criterios sumamente estrictos del Tribunal Supremo al reflexionar sobre los motivos de casación (37) que es donde la incongruencia se censura; y estos criterios, si se mantienen con dificultad en procesos, a su vez muy formalizados y presididos por la sucesividad y la escritura, como lo son los civiles, han tenido que quebrar ante procesos esencialmente orales y concentrados, como lo son los de trabajo; ante procesos no formales, si es que esta afirmación se nos admite respecto de una institución como el proceso que es siempre de formalización de conflictos. Y así lo que resulta es que son los procesos de trabajo los que en esta materia, y quizá en muchas otras, se están acomodando mejor a la letra y al espíritu de la ley de Enjuiciamiento civil, dando a la congruencia no un sentido laxo e inexacto donde naufrague, sino un ámbito que es propio de atenuamiento a lo que en el pleito ha sido objeto de debate, aportado por las partes (en virtud del principio de rogación), discutido por ellas (en virtud del principio de contradicción), y respecto de lo que ambas hayan tenido oportunidad para su ataque y defensa (principio de igualdad*

---

(37) Sobre este tema, en relación con la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho a efectos de casación, hemos reflexionado en nuestro estudio *Hecho y derecho en la calificación de las incapacidades*, en «Rev. de Trabajo», núm. 1960-3; con más detalle y un muy completo análisis de la jurisprudencia posterior, MONTOYA MELGAR, A.: *La calificación de las incapacidades en la doctrina del Tribunal Supremo*, trabajo inédito al tiempo en que escribo, de próxima aparición en la «Rev. Iberoamericana de Seguridad Social». Si en sus comienzos, con la frase de MARX, «el Derecho sustantivo parece como una secreción que surge de los intersticios del procedimiento» (MAYLAND, F. W.: *The Forms of Action at Common Law*, ed. Cambridge, 1954, pág. 1), hay que velar en todo momento por que el Derecho no se convierta en un «sistema de regla estricta esencialmente procedimental, frente al basado en razón, en la justicia natural y en la equidad» (PRICHETT, T.: *History of Common Law*, Londres, 1956, pág. 681). Dicho sea de paso, éste es otro ángulo (completamente distinto al del ataque a la prerrogativa) desde el que contemplar los conocidos casos *Prohibitions del Roy*, en el cual el papel jugado por Coke no aparece tan brillante; al tiempo que defendía la independencia de los tribunales, defendía el régimen de Derecho agostado por el formalismo de las *Common Courts*; y al tiempo que atacaba la prerrogativa, atacaba la naciente jurisdicción de equidad ya en aquellos tiempos, independizada del Rey y transferida a la oficina del Canciller, *the Keeper of the King's Conscience*; de la misma forma que siglos atrás los tribunales clásicos de *Common Law* (*Court of Common Pleas, King's Bench*) se habían desgajado de la *Curia Regis*. V. JACKSON, J.: *English Legal History*, Londres, 1955, págs. 38 y sigs.; MAYLAND, F. W.: *Equity*, ed. Cambridge, 1949, pág. 9 y sigs.; MAYLAND, F. W. y POLLOCK, F., *History of English Law*, ed. Cambridge, 1898, vol. I., págs. 153 y sigs.; sobre el doble enfoque de las *Prohibitions del Roy*, DICEY, A. V., *Law of the Constitution*, ed. Londres, 1952, págs. 18 y sigs.



procesal); que tales son, justamente, los principios por los que el de congruencia vela y los que elevan a éste a la categoría de requisito de las sentencias (38).

#### V. EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA SANCIÓN POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Conviene entrar a estudiar, seguidamente, un supuesto muy especial respecto del que las decisiones de la Sala VI del Tribunal Supremo han abandonado franca y abiertamente la noción de que su formulación procesal está presidida por el principio de congruencia; nos referimos al del recargo del 50 por 100 de las indemnizaciones por accidentes de trabajo en los supuestos a que ya se ha aludido (*supra*, nota (1) y exposición de la S. T. S. 4-IV-1961).

El artículo 55 del Reglamento de accidentes de trabajo dispone el aumento en una mitad más de su cuantía de las indemnizaciones debidas en los siguientes supuestos:

— Cuando el accidente ocurra en centro de trabajo «cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios, conforme a las disposiciones en vigor» (39).

— Cuando el trabajador, víctima de neumoconiosis no haya sido reconocido (médicamente, para adoptar las consiguientes medidas preventivas e, incluso, para impedirle el trabajo nocivo) a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en el cuadro anexo al Reglamento de enfermedades profesionales» (40).

---

(38) Un análisis metódico del principio de congruencia en GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, t. I., págs. 967 y sigs.; lo que la congruencia exige es «la conformidad entre la pretensión de la parte y la sentencia» (pág. 965); la sentencia «debe tener en cuenta no sólo la pretensión inicial del proceso, sino cualquier otra que se haya deducido en el mismo oportunamente» (pág. 963); en cambio, GUASP estima «absolutamente errónea» la posición según la cual la sentencia ha de ser comparada para determinar su congruencia, con las alegaciones y las pruebas de las partes, por cuanto el juez puede aportar material probatorio adicional mediante las diligencias para mejor proveer (pág. 964); esta última tesis nos parece excesiva; en los supuestos ordinarios lo debatido en el pleito, por utilizar la expresión de la jurisprudencia, marca el ámbito dentro del cual la sentencia ha de moverse para ser congruente. Aunque la clave se halla, para cada proceso, en la latitud que se tenga para admitir como «deducidas oportunamente» en el mismo las pretensiones y las variaciones y conformaciones de las mismas; esta latitud es mucha en los procesos de trabajo. Por lo demás, un buen sistema procesal no puede por menos de contemplar con sumo celo las pruebas para mejor proveer.

(39) Este es el supuesto, por así decirlo, tradicional; figuraba ya en el Texto refundido de la ley de Accidentes de 8-X-1932 (art. 32).

(40) Esta obligación de reconocimiento recae tanto sobre el empresario como sobre su asegurador de accidentes; éste no puede eximirse de responsabilidad a pretexto de que aquél no ha realizado los reconocimientos; remitimos de nuevo al trabajo de BORRAJO, E., *El reconocimiento...*, cit.); pero el recargo del 50 por 100 es siempre a cargo del patrono.

— Cuando el accidente ocurra a trabajadores al servicio de «patrono que haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños» (41).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a este importante precepto se ha caracterizado por su restricción; respecto del primer supuesto, que es el de mayor tradición en nuestro derecho, ha dicho con reiteración que para que el recargo pueda ser impuesto es preciso que «se concrete y precise el aparato o los aparatos o mecanismos de protección omitidos, el precepto legal que los imponga y la relación de causalidad entre la falta de ese aparato y el accidente de trabajo producido» (S. T. S. 28-II-1955; con redacción casi idéntica, S. T. S. 7-X-1949; ambas entre otras muchas) (42). exigencias sumamente estrictas, y más si se tiene en cuenta la penuria de nuestro Derecho material del trabajo en esta materia (43) y que, en muchas ocasiones, los accidentes de este tipo derivan no de la concreta falta de un mecanismo de seguridad, sino de que la explotación, mina, obra, taller o establecimiento en bloque han omitido medidas elementales de precaución y prudencia que muchas veces, por su mismo carácter obvio y elemental, no están recogidas en una norma expresa.

Pero, en cambio, la propia jurisprudencia es terminante en cuanto a que si efectivamente se dan los estrictos requisitos que en ella se exigen, se ha de condenar al empresario al recargo del 50 por 100 en la indemnización, aunque el mismo no haya sido pedida por el accidentado demandante, sin que el fallo en que se contenga esta condena pueda ser tachado de incongruente. «Los ordenamientos legales vigentes mandan en forma imperativa, a modo de sanción, y como tal ineludible en la orden indemnizatoria, que cuando el patrono omita la puesta en práctica de los medios protectores del trabajo, al obrero que a consecuencia de tal omisión

(41) Las disposiciones fundamentales a este respecto son las que prohíben determinados trabajos a las mujeres y a los menores, en atención a su debilidad física; la norma básica vigente es el Decreto de 26-VII-1957, que derogó un viejo Decreto de 25-I-1908.

(42) Ver este tema analizado *in extenso*, y con referencia a los varios supuestos del artículo 55 del Reglamento de Accidentes, en SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El aumento a cargo del empresario...* cit.

(43) Pese al mandato del artículo 10 del Texto Refundido de 22-VI-1956 (que reproduce el del art. 34 del de 8-X-1932) nuestra legislación al respecto es rudimentaria (v. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1951, vol. I, págs. 384 y sigs.; ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, vol. II, págs. 418 y sigs.) y contrasta muy desfavorablemente con otros ordenamientos, como el anglosajón, en el que el *Factory Law* —sustancialmente medidas de seguridad e higiene en el trabajo— es una parte tan importante como extensa del Derecho del Trabajo (Cfr. GAYLER, J. L.: *Industrial Law*, Londres, 1955, caps. 21, 22, 23, y 24; SAMUELS, H.: *Industrial Law*, Londres, 1958, págs. 53 a 95; MANSFIELD COOPER, W.: *Outlines of Industrial Law*, Londres, 1954, págs. 120 a 250).

se ve accidentado, se le indemnice con el aumento en una unidad más del tipo normal. Aquella cantidad es, consiguientemente, el tipo legal de renta debida, de obligatorio pronunciamiento para el tribunal sentenciador, por su nota de sanción al incumplimiento del precepto legal y de beneficio irrenunciable para el obrero» (S. T. S. 14-XII-1961); «La incongruencia que se alega... no puede estimarse como causa de casación, ya que el recargo indemnizatorio establecido en el artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo es un beneficio de carácter legal para el obrero que no puede renunciarse y que ha de serle otorgado, sin que por el hecho de no solicitarlo se origine la incongruencia, según la jurisprudencia de esta Sala» (S. T. S. 5-IV-1960); «la incongruencia alegada... no es admisible, según el criterio establecido en resoluciones de esta Sala, cuando la petición omitida por el obrero y favorable al mismo resulta impuesta por un precepto legal y por ello irrenunciable... (como)... el recargo de un 50 por 100 de la indemnización que se impone... en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo» (S. T. S. —que abre el presente estudio— de 4-IV-1961).

Aparte de la referencia a la irrenunciabilidad de derechos (este tema se examinará más adelante) esta jurisprudencia tiene un claro fundamento en la muy especial naturaleza del recargo que en ella se discute; con arreglo al propio artículo 55 del Reglamento de accidentes «este recargo, a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo, y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro»; de las sentencias que se han citado, la de 14-XII-1959 apunta muy adecuada e insistentemente a este carácter («a modo de sanción»; «por su nota de sanción») para fundamentar la condena, aún no pedida. Lo que ocurre es que el Magistrado de Trabajo —y en casación el Tribunal Supremo— no están actuando como organismos jurisdiccionales en esta materia, sino como órganos administrativos con potestad sancionadora; el recargo es una pena civil y los Tribunales han de imponerla de oficio por ministerio de la Ley, aunque no se pida por el perjudicado —el accidentado— por las acciones u omisiones ilícitas; como en la imposición de toda pena, hay que dar oportunidad al reo para que se defienda y por ello el tema tiene que haber sido debatido en el pleito para que haya condena lícita, pero no existe ninguna exigencia en cuanto a que tenga que existir necesariamente en el proceso pretensión deducida por una especie de acusador privado ni, en tal sentido, juega ni tiene por qué jugar el principio de congruencia, ni tampoco el de rogación. La circunstancia de que el importe pecuniario de la penalidad impuesta no ingrese en el Tesoro público sino que vaya a parar al perjudicado como aumento de su indemnización, si bien es la que oscurece un tanto la claridad del tema, no borra el carácter penal del recargo; ni se opone, por tanto, a la muy acertada línea jurisprudencial que se ha examinado.

## VI. EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

La excepción al principio de congruencia que se acaba de analizar se refiere a un supuesto extraordinariamente específico y concreto y admite, cuando menos, el tipo de explicación razonable que se ha dado; la cuestión se complica en grado sumo cuando nos enfrentamos con el tema de la irrenunciabilidad de derechos; como se verá, normalmente las pretensiones del accidentado, y por consiguiente las decisiones judiciales sobre las mismas, versan sobre derechos que el ordenamiento jurídico tiene calificados de irrenunciables; el problema es entonces si la irrenunciabilidad de derechos fuerza al juez a reconocerlos aunque no se le haya pedido el reconocimiento y, por consiguiente, si en aras de este principio ha de sacrificar, y en qué medida, el de congruencia de sus decisiones.

A) *El tema en la jurisprudencia; algunas sentencias significativas.*

Por lo pronto se ha de decir que esta real o aparente contradicción, en los términos recién expuestos, aparece con reiteración en la jurisprudencia; en una de las sentencias con que se abre este estudio se nos dice que «no es admisible la incongruencia alegada cuando la petición omitida por el obrero y favorable al mismo resulta impuesta por un precepto legal y por ello irrenunciable» (S. T. S. 4-IV-1961); en la otra, que los beneficios que la legislación social otorga al trabajador «no son renunciables, y, por tanto, de oficio por los Tribunales, deben serle concedidos, aunque los interesados no los hubieran solicitado» (S. T. S. 14-II-1961). Las sentencias en cuestión, por lo demás, no hacen sino seguir una larga tradición de decisiones en las que aparecen declaraciones similares y aún más enérgicas; por vía de ejemplo:

— «En todo caso, si el obrero, consciente y voluntariamente, ocultara la verdad en su perjuicio para beneficiar a sus demandados, *haría la renuncia que la Ley veda, y por ello la Magistratura, guiada por las normas prohibitivas contenidas en el Derecho positivo...* ha entendido la súplica de la demanda en sentido concordante con los mandamientos legales» (S. T. S. 9-IV-1947)

— «Establecida en el artículo 61 de la Ley de Accidentes (del Texto Refundido de 8-X-1932, hoy derogado y sustituido por el Texto Refundido de 22-VI-1956, cuyo precepto correlativo es el artículo 51) la nulidad y falta de valor de todo pacto, convenio o contrato contrario a los beneficios que dicha Ley otorga a los obreros accidentados, es consecuencia obligada que cuando se aprecia la realidad de una incapacidad se indemnice al que la sufre en la forma que la Ley establece, como lo hace la sentencia recurrida, *sin incurrir por ello en los vicios formales que el recurso le atribuye, por la mayor laxitud con que debe interpretarse el sentido de la incongruencia en esta materia y la irrenunciabilidad de esos beneficios*» (S. T. S. 18-X-1948; idéntica, S. T. S. 14-I-1952).

— «Es el Magistrado de Trabajo el que aplica la ley vigente, que no puede olvidar y desconocer, aun cuando el obrero la desconozca o la olvide, y aunque renunciara a sus beneficios; y con ello el Magistrado no amplía por propia iniciativa la petición de la demanda, sino que da ésta su verdadero contenido y fundamento legal» (S. T. S. 24-V-1949).

— «Si bien la petición que se señala en la sentencia es mayor que la pedida en la demanda... esta circunstancia no puede constituir incongruencia... por el principio que rige en materia de accidentes de ser irrenunciables los beneficios que dicha legislación concede al obrero» (S. T. S. 8-XI-1950).

— «El Magistrado... procedió correctamente, sin incurrir en la incongruencia que se denuncia..., porque sabido es que el concepto de congruencia no ha tenido en esta jurisdicción la rigidez con que en la jurisdicción ordinaria se emplea, dado el carácter tutelar de la jurisdicción laboral... y (que) no puede privarse al accidentado de parte de sus derechos por mal planteada la cuestión, ya que éstos derechos son irrenunciables» (S. T. S. 19-XI-1954).

— «Si bien es cierto que también en la materia social vinculan al juzgador los principios procesales dispositivo y de congruencia... la Magistratura de Trabajo no puede olvidar ni desconocer la legislación vigente, aunque el obrero la desconozca, y aunque previamente renunciara a sus beneficios» (S. T. S. 16-III-1960).

Etc.; podrán traerse a colación otras muchas decisiones; las que se han transcrito —en la parte en que importa a los efectos de este estudio— demuestran cuando menos que la jurisprudencia aprecia la existencia de una interdependencia mutua entre el principio material de irrenunciabilidad y el principio procesal de congruencia (44); porque se ha de hacer notar, además, que la mayoría de las sentencias transcritas son las respuestas que el Tribunal Supremo da justamente a la impugnación por incongruencia en casación de los fallos de los Magistrados de Trabajo de instancia.

#### B) La irrenunciabilidad en materia de accidentes de trabajo.

Lo primero a examinar para enfrentar éste tema es en qué consiste exactamente esta irrenunciabilidad de derechos a la que se está aludiendo; a su vez, este examen debe comenzar con la cita del texto de Derecho positivo en que está formulada.

---

(44) Las sentencias que se han citado recogen una línea jurisprudencial continuada; no hay que ocultar que, paralelamente, discurre otra que aplica principios estrictos civiles de congruencia, sin pararse a razonar respecto de la irrenunciabilidad de derechos, o quizá diciendo que ésta no debe tener un juego tan amplio como para que el principio de congruencia quede enteramente arrumbado. No nos interesa aquí destacar posibles faltas de uniformidad en la doctrina legal, sino meramente indicar cómo en gran número de decisiones se hace cuestión de la irrenunciabilidad y de la forma cómo la misma pueda afectar al principio de congruencia.

La norma en cuestión es el artículo 51 del Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo (Decreto 22-VI-1956) que literalmente dice así: «Será nula y sin valor toda renuncia a los beneficios de las disposiciones de esta Ley y de su Reglamento y todo pacto, convenio o contrato contrarios a ellas, cualquiera que fuera la época y la forma en que se realicen. Quedan expresamente prohibidos los actos de conciliación y arbitraje de cualquier clase sobre las cuestiones que se susciten entre el accidentado o sus derechohabientes y el patrono o entre aquéllos y la entidad aseguradora, sobre los beneficios que concede la legislación de accidentes de trabajo» (45). Prescindiendo de la prohibición de arbitraje —tema sumamente interesante (y sobre el que existe poca jurisprudencia, aunque muy enérgica; ver, p. ej.; S. T. S. 5-III-1957), pero que no intentamos abordar aquí— se ha de añadir que el precepto es mucho más enérgico en su formulación que el contenido en el artículo 36 de la Ley de Contrato de Trabajo (el cual, por cierto, se refiere también específicamente a la nulidad de la renuncia hecha por el trabajador «de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente en el trabajo»), y que está confirmado en parte por el Texto Refundido de Procedimiento laboral, que exceptúa del requisito de conciliación sindical «los procedimientos que versen sobre accidentes del trabajo» (art. 51. 1) y

---

(45) Con ligeras variantes de redacción, el precepto transcrito reproduce el artículo 61 del Texto Refundido de 8-X-1932, que procede a su vez, aunque es mucho más terminante, del artículo 174 del Código de Trabajo, que no prohibía expresamente los actos de conciliación y menos si éstos ocurrían ante el Tribunal Industrial; aun después del Texto Refundido de 1932 siguieron, al parecer, dándose de hecho transacciones —y por ende renunciadas— ante los órganos jurisdiccionales; de ahí que tuviera que dictarse, recordando la prohibición, el Decreto de 13-XII-1934 («será estéril el art. 61 de la Ley si —como viene ocurriendo— se utilizase el sencillo y gratuito procedimiento del acto conciliatorio para dar fuerza ejecutiva y carácter irrevocable a esos mismos pactos ilegales», dice su preámbulo); el Decreto de 25-VI-1935, por otro lado, recuerda la nulidad de los convenios de renuncia extrajudiciales que —dice el preámbulo— «la realidad ha venido a demostrar que al margen de la esfera judicial continúan celebrándose».

La prohibición de los pactos de renuncia, ni aun ante el órgano jurisdiccional, está hoy reforzada por el T. R. P. L., como se verá en el texto; por otro lado, es improbable que haya desaparecido este mal endémico de las transacciones «al margen de la esfera judicial», como decía el Decreto de 1935.

Incidentalmente debe decirse que la jurisprudencia anterior a 1932 es sumamente confusa y de poca utilidad actual, al partir de la base de que las renunciadas eran admisibles si concurrían al amparo del Tribunal Industrial; puede consultarse una selección de esta vieja jurisprudencia en RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina...*, cit., vol. I, págs. 1603 y sigs.; sobre el Código de Trabajo, ALARCÓN y HOREAS, S.: *Código de Trabajo*, vol. II, Madrid, 1927; sobre el Texto Refundido de 1932 y normas complementarias citadas, GARCÍA ORMAECHA, A.: *Legislación de Accidentes de Trabajo*, Madrid, 1936; sobre la primitiva Ley de Accidentes de 30-I-1900, GONZÁLEZ REBOLLAR, H.: *Estudio crítico de la Ley de Accidentes*, Salamanca, 1903.

que prohíbe respecto de los mismos el acto de conciliación ante el propio Magistrado de Trabajo previo al juicio (art. 114) y, presumiblemente, toda avenencia durante el juicio del mismo (46).

Naturalmente, si la renuncia es nula (en virtud de la norma expresa del art. 51 citado) es porque se parte de que los derechos son irrenunciables, pues de otra forma no se vería fundamento alguno a la nulidad; tema distinto —y con toda seguridad metajurídico— es el del cuál sea el fundamento, a su vez, de la irrenunciabilidad (47); pero lo que es claro es que los derechos no son irrenunciables porque la renuncia sea nula, sino que es nula la renuncia porque los derechos son irrenunciables. La raíz del tema se halla en la irrenunciabilidad, que es la causa, y no en la nulidad de la renuncia, que es el efecto de la irrenunciabilidad. Con todo, la nulidad de su renuncia es al tiempo la característica esencial y el efecto más importante de la irrenunciabilidad de derechos (48); la forma de reaccionar el ordenamiento jurídico en defensa del derecho que el propio ordenamiento declara irrenunciable es la nulidad del acto de renuncia ejecutado; el acto ejecutado contra lo dispuesto en la Ley es nulo, conforme al principio general del artículo 4 del Código civil.

Pero importa inmediatamente recalcar que la reacción del ordenamiento es justamente ésta; y no van más allá de ésta para nada que de la irrenunciabilidad pura y simple derive; a tal punto es cierto esto, que en ocasiones las normas —y el artículo 51 de la Ley de Accidentes es un excelente ejemplo— van derechamente al efecto dando la causa por implícita o supuesta (49), y no tan-

---

(46) Efectivamente, el artículo 71 del T. R. P. L., dedicado al acto de conciliación, configura como modalidad del mismo —es claro que sin carácter previo— «la avenencia en cualquier momento antes de dictar sentencia»; en tal sentido, la prohibición del artículo 114 se refiere tanto al acto de conciliación propio —el previo al juicio— como a las «avenencias» posteriores.

(47) Sobre el fundamento y alcance del principio de irrenunciabilidad en Derecho de Trabajo, ver BAYÓN CILACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual...*, cit., vol. I, págs., 230 y sigs.; también MENÉNDEZ PIDAL, J.: *La renuncia y el desistimiento en lo social*, en «Rev. de Derecho Privado», 1961-4. Conviene señalar como el fundamento de la irrenunciabilidad en el Código civil —por vía de excepción en éste, frente a lo que es regla general en el Derecho de Trabajo— es también metajurídico en su formulación; en el artículo 4 del Código la referencia se hace al interés o el orden público, nociones sin especificidad jurídica, y, respecto del «perjuicio de tercero», a lo más que se ha llegado es a afirmar que se trata de una protección «basada en la equidad» (CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1942, pág. 540).

(48) La nulidad de la renuncia afecta tanto a la efectuada unilateralmente como a la realizada en virtud de «pacto, convenio o contrato», tanto a la renuncia pura y simple como a la transacción en la que se renuncia a cambio de contraprestación; la prohibición de la transacción lleva de suyo a la prohibición de las conciliaciones, así sindicales como judiciales, puesto que la conciliación, si fructuosa, conduce a una transacción. Como la renuncia es un acto «ejecutado *contra legem*», su nulidad es insubsanable e *ipso iure* (Cfr. CASTRO Y BRAVO, F.: *Loc. cit.*, págs. 538-539).

to hablan de derechos irrenunciables como de nulidad de la renuncia de derechos. Específicamente no deriva de la irrenunciabilidad un especial efecto sobre el que, por su proximidad y por su importante juego en los procesos de trabajo, es preciso reflexionar.

### C) *Derechos irrenunciables y ejercicio forzoso de derechos.*

No deriva de la irrenunciabilidad el ejercicio forzoso u obligatorio del derecho irrenunciable; en el supuesto que nos ocupa, el accidentado puede demandar o dejar de hacerlo; y más que esto, aun habiendo demandado y obtenido una sentencia firme favorable, declaratoria de su derecho, pñede ejecutar o no la sentencia. Porque si bien —y nótese la gran claridad de los preceptos— «queda prohibida toda transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias de las Magistraturas de Trabajo favorables al trabajador» (T. R. P. L., art. 192), esto no obsta a que «la ejecución de las sentencias dictadas por la Magistratura de Trabajo tendrá lugar únicamente a instancia de parte» (T. R. P. L., artículo 191). No ya el derecho irrenunciable, sino el derecho irrenunciable declarado en sentencia firme, pende en su ejercicio de la voluntad de su titular. El ordenamiento reacciona mediante la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el que se exteriorice la voluntad de renunciar; pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables. Así, la terminante declaración del artículo 51 de la Ley de Accidentes no es obstáculo para que los artículos 186 y siguientes de su Reglamento fijen términos prescriptorios —y muy breves, si comparados con los civiles ordinarios, dicho sea de paso— de todos los derechos derivados de la Ley y Reglamento, incluidos los del accidentado y sus causahabientes a percibir las correspondientes indemnizaciones (50).

(49) El artículo 51, según se vió, comienza diciendo que «será nula y sin valor toda renuncia...» etc.; análoga es la estructura del artículo 36 de la Ley de Contrato de Trabajo: «Es nulo todo pacto de límite...» etc.

(50) Análogamente, es irrenunciable la indemnización por despido injusto o improcedente (art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo) v. sin embargo, la acción para solicitarla —o pedir la readmisión, en su caso— decae en el brevísimo plazo de quince días, que además es un plazo de caducidad y no de prescripción (art. 82 de la propia Ley); por cierto que es muy dudoso que el plazo de caducidad, y no el normal de prescripción, pueda ser aplicado a los despidos nulos por falta de las formalidades legales; y mucho más dudoso aún que, en el supuesto de que por el empresario se haya incumplido el requisito formal de la carta de despido, el cese en los servicios pueda tomarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad, como lo viene haciendo una muy discutible jurisprudencia, especialmente del Tribunal Central de Trabajo (ver, por ejemplo, sentencias 10-V-1960) y no así el Tribunal Supremo del que existe cuando menos una terminante sentencia (31-XII-1958), conforme a la cual «el hecho de dar de baja a un produc-



D) *Sobre las demandas y procesos «de oficio».*

Y, sin embargo, justamente en materia de accidentes de trabajo, se da, si no un ejercicio forzoso de derechos irrenunciables, sí un ejercicio público de los mismos, en el sentido de que la formulación y la defensa de la pretensión procesal se confía a funcionarios especializados con papel muy semejante al del Ministerio Fiscal; en efecto, el Decreto de 8-XI-1946 atribuye, entre otras, a los Inspectores técnicos de previsión social la función de «curar a la Magistratura de Trabajo las comunicaciones que, a juicio de la Superioridad (y esta «Superioridad» no parece sea otra sino la Sección de Accidentes de Trabajo de la propia Inspección, artículo 8-c. 5, Decreto 21-VII-1950) se estimen necesarias, a fin de garantizar la plena efectividad de los derechos y acciones de los accidentados o sus derechohabientes», con la importantísima norma adicional de que «las expresadas comunicaciones surtirán los mismos efectos que una demanda» (art. 5-g). Así, la actividad de iniciar el proceso y la de exponer la pretensión (pues este doble carácter, por lo demás normal en nuestros procesos, tiene la demanda en los de trabajo) se confía a un funcionario público que es quien ostenta la calidad de parte; la ostenta al comenzar y la mantiene a todo lo largo del proceso, por cuanto éste «se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados»: pues aunque ingenuamente dice el T. R. P. L. que éstos «tendrán la consideración de parte» es evidente que no la tienen; es inconcebible una *parte* en un proceso que ni demanda, ni expone su pretensión, ni tiene por qué comparecer, ni está autorizada para desistir, ni siquiera puede pedir la suspensión del procedimiento y cuya

---

tor en el trabajo, sin llenar los requisitos a que la Ley le obliga, *sólo puede estimarse como un acto de régimen interior de la empresa, sin formalidad alguna y, por ende, no puede ser tomado como base o punto de arranque del indicado plazo de caducidad, por lo que al apreciarlo de otro modo el juzgador de instancia vulneró...* etc.

Como también es muy discutible la distinción jurisprudencial (establecida respecto de los derechos derivados del contrato de trabajo, no de los derivados de accidentes de trabajo) entre renunciaciones anteriores y posteriores a la extinción del contrato, así como el desorbitado valor exonerante de la responsabilidad empresarial que se viene dando a los llamados «finiquitos».

No hacemos sino dejar apuntados estos temas, cada uno de los cuales justificaría un análisis jurisprudencial y un estudio doctrinal extenso; a algunos de ellos nos hemos referido en *El Despido*, Madrid, 1957; sobre el complejo problema de los finiquitos remitimos al agudo análisis de VOUTER, J.: *La rupture du contrat de Travail*, París, 1957, cap. J.

Respecto de la renuncia como «acto formal... mediante la declaración solemne de voluntad de abdicación a la titularidad de un derecho» —aunque quizá sea excesiva esta exigencia de requisito— ver BONET CORRÍA, J.: *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del Código civil*, en «Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia», 1961, 3.

masistencia al propio proceso es irrelevante (51). El T. R. P. L. por lo demás extrae la consecuencia lógica de este especialísimo proceso al decir (por vía de excepción a la regla general de su artículo 191) que «las sentencias que se dicten en estos procedimientos habrán de ejecutarse siempre de oficio» (art. 121-5).

Lo que ocurre es que el «ejercicio de oficio» de los derechos del accidentado no deriva de su irrenunciabilidad; antes bien, irrenunciabilidad, de un lado, y ejercicio de oficio, de otro, derivan de un fundamento anterior y común a ambos y probablemente, insisto, metajurídico (porque a la postre es metajurídica esa imprecisa idea sobre el carácter «tuitivo» del Derecho de accidentes). Si la irrenunciabilidad afecta al principio de congruencia, es extremo que se analizará más adelante; pero este principio no tiene por qué ser afectado por el ejercicio de oficio de las pretensiones, pues la sentencia tendrá que seguir cumpliendo con el requisito lógico de ser congruente con éstas, aunque se ejerciten de oficio. Las llamadas «demandas de oficio» plantean muy serios problemas técnico-procesales, pero no en torno al principio de congruencia; o no en mayor medida en que los plantean las demandas ordinarias interpuestas por el propio accidentado; realmente lo que resulta afectado —por no decir negado, lisa y llanamente— por la institución, es el principio de rogación privada.

Por lo demás hay que decir, para dejar cerrada esta materia que aun obtenida «de oficio» una sentencia y aun ejecutada de oficio ésta, no con ello se garantiza por completo el fin perseguido por procedimientos tan drásticos, supuesto que aquél sea el de que el accidentado reciba las prestaciones; pues, naturalmente, que puede negarse a percibir las prestaciones o continuar en actitud pasiva. sencillamente los mecanismos de compulsión que el Derecho, cuando menos el Derecho no penal, ofrece tienen límites infranqueables; no se puede obligar a nadie a ejercitar un derecho como, por ejemplo, no se pueden ejecutar específicamente las obligaciones personalísimas de hacer.

#### E) *La nulidad de la renuncia y sus consecuencias.*

De la irrenunciabilidad del derecho, decíamos, deriva la nulidad de su renuncia en el proceso; con esto no se está enunciando un principio que sea específico de los procesos de trabajo sino co-

(51) T. R. P. L., art. 121; el llamado «procedimiento de oficio» está regulado en el T. R. P. L. como un proceso especial (lib. II, tít. II, sec. V, artr. 119 a 122). Sobre el mismo, ver MIGUEL Y ALONSO, C.: *Problemas procesales de las partes en el juicio de trabajo*, Santiago, 1956.

La terminología utilizada por el T. R. P. L. es defectuosa; en los procesos en cuestión el Magistrado de Trabajo en absoluto actúa de oficio, sino a instancia de parte, aunque quien ostente esta calidad no sea el accidentado sino un funcionario público con funciones similares a la del Ministerio Fiscal. Ver ARAGONESSES, P.: *Estructura y función...*, cit., páginas 66-67 y 74-75.

mún en todos los civiles, en cuanto que en éstos ces, sin duda, requisito de carácter objetivo aplicable por analogía a la renuncia procesal, el del artículo 4 del Código Civil, cuando dice que «los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero» (52). Lo único que de especial tienen los procesos sobre accidentes de trabajo a este respecto es que el órgano jurisdiccional no necesita realizar ningún tipo de indagación para determinar si se halla o no ante un derecho irrenunciable, pues este problema ha sido solventado previa y definitivamente en sentido afirmativo por una norma expresa.

La nulidad de la renuncia procesal abarca:

— La prohibición, asimismo expresa, según se vió, del acto de conciliación previo ante el Magistrado de Trabajo y, por consiguiente, la nulidad absoluta del que pueda haberse celebrado; la conciliación, si se intenta con éxito, normalmente para en una transacción y ésta envuelve una renuncia. Por lo demás nos estamos moviendo dentro del terreno procesal estricto, en cuanto descansamos sobre el parecer de que el acto de conciliación no es sino un proceso especial (53), al que por tanto son aplicables los requisitos objetivos generales de toda renuncia, en los términos expuestos.

— La prohibición refleja del acto de conciliación sindical; aunque éste no puede ser calificado de procesal, es evidente que se trata de actividad ordenada hacia el proceso y que en consecuencia ha de regirse por los mismos principios generales del proceso que tiende a evitar; aparte de que si el ordenamiento extrema su rigor al prohibir las transacciones entre el órgano jurisdiccional, con mucha más razón ha de hacerlo respecto de órganos no jurisdiccionales. La vida administrativa previa que en algunos supuestos de accidentes de trabajo sustituye a la inexistente conciliación sindical plantea difíciles problemas sobre los que no insistimos por tenerlos analizados recientemente en otros lugares con bastante detenimiento (54).

— La prohibición de renunciaciones y transacciones posteriores a la iniciación del proceso: aquí estamos en terreno plenamente cono-

(52) GUASP, J.: *Derecho Procesal*, cit., pág. 568; con menos intensidad que en el Derecho procesal de trabajo el tema de los derechos irrenunciables, en relación con el de congruencia, se ha planteado también en Derecho procesal civil; PRIETO CASTRO, L.: *Para el estudio de los derechos irrenunciables*, en «Anuario de Derecho Civil», 1948-1; un ejemplo reciente en S. T. S. (Sala I, 3-VII-1961) a propósito de los derechos irrenunciables de los arrendatarios de fincas urbanas; sobre éstos ver Díez PICAZO, A.: *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos urbanos*, en «Anuario de Derecho Civil», 1956, 4.

(53) GUASP, J.: *Derecho Procesal*, cit., págs. 1236 y sigs.

(54) En *La reclamación administrativa previa*. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1961, y en *La reclamación previa en los procesos de seguridad social*, en «Rev. Iberoamericana de Seguridad Social», 1961, 2.

cido y común, a saber, el de que tampoco en los procesos ordinarios se admite la renuncia en el proceso de derechos irrenunciables; en Derecho positivo, ya dijimos que el T. R. R. L. medía con la misma medida el acto de conciliación previo y las avenencias que se produjeran en cualquier momento anterior a dictar sentencia, sujetándolas, por tanto, a la misma norma prohibitiva en accidentes de trabajo.

Toda esta serie de prohibiciones afectan tanto a los procesos en los que la calidad de parte se ostente por el propio accidentado o sus causahabientes o representantes, como a los en que la calidad de parte está atribuida a la Inspección técnica de previsión social; sería manifiestamente absurdo que se otorgara a ésta una potestad de renuncia que no está conferida al propio titular del derecho.

## VII. IRRENUNCIABILIDAD Y CONGRUENCIA

Ahora bien, y éste es el tema central: ¿deriva de la irrenunciabilidad del derecho que fundamenta la pretensión actuada ante la Magistratura de Trabajo la posibilidad de que ésta pueda dictar sus fallos sin atenerse a las pretensiones deducidas?; más concretamente: ¿puede el Magisterado de Trabajo en su sentencia desbordar el ámbito que le marca la pretensión deducida condenando a más de lo pedido apoyando esta actitud en que se halla ante un derecho irrenunciable?; o, dicho de otro modo, ¿puede el Magisterado ignorar el principio de congruencia sacrificándolo al de la irrenunciabilidad de los derechos?

Para contestar a esta serie de preguntas —en realidad a esta única pregunta, formulada de distintas maneras— conviene referirlas a un supuesto extremo. Supongamos que el accidentado (o la Inspección, da exactamente igual) ha demandado solicitando el reconocimiento de una incapacidad permanente total; que ha mantenido esta petición al ratificar su demanda en el acto del juicio; que toda su aportación probatoria ha ido encaminada a mostrar la existencia de esta incapacidad; que ha reiterado la misma súplica en trámite de conclusiones; ¿puede el Magisterado, todo esto no obstante, condenar al demandado al reconocimiento de una incapacidad absoluta, si cree que ésta es la que realmente resulta de los derechos probados?

A esta pregunta hay que contestar negativamente; no es ya que examinada con detenimiento toda jurisprudencia sobre la materia sea insólito encontrarse con esta formulación extrema (salvo en el supuesto del recargo-sanción del 50 por 100 de las indemnizaciones que ya examinamos y del que creíamos, y seguimos creyendo, que la Magistratura no actúa como órgano jurisdiccional).

sino que el principio de irrenunciabilidad, por muy enérgicamente que se formule, no lleva necesariamente a ella; lo que en virtud de este principio se prohíbe al juzgador es que de ninguna forma de su asentimiento a —o, afirmativamente, que tengan por nulas *ipso iure*— las renunciaciones de derechos irrenunciables; *pero en el seno del proceso, las renunciaciones y sus prohibiciones han de ir referidas a los derechos formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes*; si estos derechos no han tenido formulación procesal son ajenos al proceso mismo y no ha lugar a plantearse siquiera en su seno el problema de renuncia. Extraprocesalmente existen también procedimientos para invalidar las renunciaciones siendo el fundamental de ellos el de que al pesar sobre la renuncia la declaración de nulidad el renunciante puede hacer caso omiso de su declaración o manifestación de voluntad de renunciar; la parte favorecida por la renuncia puede, quizá, acudir a los Tribunales a pedir la declaración de validez y la ejecución del pacto de renuncia, lo que los Tribunales negarán; pero en este supuesto el tema mismo de la renuncia y del derecho irrenunciable es el que es objeto de discusión procesal y si el Magistrado declara la nulidad lo está haciendo, procesalmente, no en virtud del principio de irrenunciabilidad, sino del puro y simple y procesal estricto de que ha de conocer y fallar sobre lo que se le pide.

La conclusión negativa a la que se llega es sobremanera importante; al negarse en el supuesto extremo la posibilidad de desviación de la sentencia respecto de las pretensiones deducidas, se está afirmando que aquélla tiene que ser congruente con éstas y que, consiguientemente, no hay abandono del principio de congruencia que derive del de irrenunciabilidad.

Nos queda examinar a esta luz la doctrina del Tribunal Supremo, señaladamente la contenida en las sentencias de 9-IV-1947, 18-X-1948, 24-V-1949, 8-XI-1950, 14-I-1952, 19-XI-1954, 16-III-1960, 14-II-1961 y 14-IV-1961 más arriba transcritas en parte, en cuanto que en ellas se contenían las declaraciones que han forzado a la indagación sobre la relación entre congruencia e irrenunciabilidad; lo que se ha de estudiar ahora es si, y hasta qué punto, el contenido de estas decisiones confirma la conclusión teórica.

Una parte importante de los razonamientos contenidos en las decisiones citadas, demuestran cómo en ellas no se va contra la voluntad procesal de la parte expresada en las peticiones que formula en el proceso; lo que el Magistrado trata de hacer es corregir los «olvidos» del accidentado demandante (S. T. S. 24-V-1949), dar una formulación procesal adecuada a sus peticiones involuntariamente «mal planteadas» (S. T. S. 19-XI-1954), suplir con su conocimiento del Derecho la ignorancia de los suyos del accidentado (S. T. S. 24-V-1949 y S. T. S. 16-III-1960); no tanto se contraría la voluntad declarada de las partes como se interpreta ésta

de modo acorde con su verdadera e interna voluntad (55) «el Magistrado no amplía por propia iniciativa la petición de la demandada, sino que da a ésta su verdadero contenido y fundamento legal» (S. T. S. 24-V-1949).

En otros supuestos, lo que el Magistrado hace es dar especificidad a las peticiones genéricas, o convertir en explícitos pedimentos implícitos; los beneficios deben ser concedidos «aunque los interesados no los hubieran solicitado de manera expresa» (S. T. S. 14-II-1961), lo que quiere decir que los mismos estaban contenidos potencial o virtualmente en la pretensión deducida; de nuevo aquí lo que se hace es indagar la voluntad real del accidentado demandante.

No quedan los supuestos, ya muy limitados y realmente excepcionales, en los que el Tribunal Supremo ha dicho sin ambages que «cuando se aprecia la realidad de una incapacidad se indemnice al que la sufre en la forma que la Ley establece» (S. T. S. 18-X-1948), aunque el obrero «consciente y voluntariamente la niegue» (S. T. S. 9-IV-1947) y todo esto «por el principio que rige en materia de accidentes de ser irrenunciables los beneficios que dicha legislación concede al obrero» (S. T. S. 8-XI-1950). No queda otro remedio sino convenir que con estas declaraciones se ha ido demasiado lejos; en ellas se está infringiendo el principio de congruencia y se está desnaturalizando la misión de los órganos jurisdiccionales, que, como los administrativos, pasarían a resolver todo lo que, pedido o no, resulte del expediente. Sin finalidad práctica además, porque si existe una voluntad deliberada y contumaz de omisión en el ejercicio del derecho irrenunciable ésta no queda vencida por la sentencia, puesto que basta con no ejecutar ésta, ni aun con la ejecución de oficio, por cuanto el beneficiado puede seguirse negando a percibir las prestaciones; si dirá que, esto no obstante, en el caso de las incapacidades permanentes, se constituyen los capitales con los que habría de servirse las rentas, con lo que la condena del demandado es real y efectiva; pero lo es sin provecho del accidentado, cuyos irrenunciables derechos están teóricamente fundamentando soluciones tan extremas, lo que quiere decir que estamos moviéndonos ahora en el terreno de las sanciones, en el cual, como se vió respecto de los recargos del 50 por 100, la actuación de las Magistraturas no es jurisdiccional.

Se dirá también que el Magistrado puede en algún caso excepcional (y excepcionalismo ha de ser, pues en pura lógica humana tales casos no dan lugar a formalización procesal), llegar a la convicción de que la reducción de los pedimentos encubre una renuncia de las que la Ley prohíbe; en tal caso, probablemente la

(55) Lo que es perfectamente lícito dentro del proceso; ver GUASP, J.: *El proceso de trabajo en la teoría general del Derecho procesal*, Oviedo, 1949; la referencia de este trabajo, que no hemos podido consultar, la tomamos de ARAGONESSES, P.: *Estructura...*, cit., págs. 54-55.

solución más adecuada es fallar con congruencia y reservar expresamente en la sentencia los derechos del accidentado respecto del exceso no pedido; y quizá que respecto de esta petición actúe la Inspección técnica de previsión social de oficio, si el accidentado no lo hace, con lo que se sigue conservando el principio de congruencia. Cuando menos, tal exigencia es necesaria si se quiere que los procesos de trabajo sean y sigan siendo, verdadera y propiamente, procesos.

Por lo demás, el haz de instrumentos procesales examinados a lo largo de este estudio que el Magistrado de Trabajo tiene en sus manos, sin violentar el requisito de la congruencia, es tan amplio y poderoso que sólo en rarísimas ocasiones notará su insuficiencia; estas ocasiones serán, insisto, las del renunciante deliberado y contumaz; pero éste ni necesita la protección de los Tribunales ni la merece; para el que la necesite y quiera, el proceso tiene siempre soluciones; no en balde es la institución que ha surgido de los siglos justamente con esta finalidad; porque todo proceso es tuitivo por esencia, y más es de temer su agostamiento e informalismos estériles que su amplitud en el conocimiento de pretensiones.





# La intimación del acreedor en la mora

## «ex persona»

Por FELIX HERNANDEZ GIL

Abogado-Fiscal. Profesor Adjunto de Derecho Civil.

SUMARIO: I. *Concepto de la intimación.*—II. *Naturaleza jurídica.*—III. *Requisitos personales de la intimación.* Especial consideración de la capacidad.—IV. *Objeto de la intimación.* El principio *in illiquidis non fit mora.*—V. *Forma de la intimación.*—A) Intimación extrajudicial.—B) Intimación judicial.—VI. *Tiempo de la intimación.* La intimación «ante tempus»: A) En las obligaciones a plazo. a) Plazo suspensivo determinado. b) Plazo suspensivo indeterminado. c) Término esencial.—B) En las obligaciones condicionales.—VII. *Lugar de la intimación.*—VIII. *Comienzo de la mora:* A) En las intimaciones judiciales. B) En las obligaciones recíprocas. C) En las obligaciones a plazo.

El acreedor puede obtener el cumplimiento de la obligación en el tiempo convenido; si nada se ha pactado, inmediatamente que sea vencida y exigible. Pero, sin renunciar a él, puede no ejercitar su derecho al cumplimiento, en tanto que en tal situación el deudor tampoco desarrolla actividad alguna encaminada a satisfacer la prestación debida. La obligación no se realiza en tiempo oportuno; existe un retraso en el cumplimiento determinado por la condescendencia o tolerancia del acreedor, pero al que no ha precedido requerimiento. La situación producida es la de un simple retardo.

Si al vencimiento el acreedor ha exigido al deudor formalmente el cumplimiento, el retraso no será simple; entonces sobreviene el retraso como concepto jurídico especialmente regulado que difiere sustancialmente del mero retraso. En efecto, la mora supone un retardo cualificado que precisa de un acto anterior que le confiere relevancia jurídica: la intimación del acreedor. Es retardo en el cumplimiento, mas no todo retardo es en sentido jurídico mora, sino el retardo voluntario al que ha precedido la interpelación. Y no siempre el requerimiento previo es condición para la constitución en mora: cuando la ley, la voluntad de los particulares o la naturaleza y circunstancias de la obligación así lo determinen, la mora se produce automáticamente. De ahí que se contrapongan, dentro de la *mora solvendí*, dos especies: *mora ex persona*, cuando es necesario un acto de constitución en mora.

(requerimiento, interpelación, intimación) procedente del acreedor o de sus representantes, y *mora ex re*, siempre que sus efectos se producen *ipso iure*, independientemente de la intimación. En la *mora ex re* toda falta de cumplimiento desde el vencimiento es constitutivo de mora; no son imaginables en su esfera situaciones de mera tardanza. A la inversa, en la *mora ex persona* después del vencimiento y antes de la interpelación es posible concebir un retardo no generador de mora que carece de consecuencias jurídicas. Sólo la constitución en mora determina que el retardo sea productor de singulares consecuencias jurídicas (1): junto a este acto central situamos la necesidad de que el retraso sea culpable: no hay mora sin culpabilidad. Esta última idea no está recogida en forma explícita por el Código civil, por lo que los términos del artículo 1.100 han llevado a pensar a algunos que el retardo por sí solo, sin culpa, bastaría para hacer nacer la responsabilidad en el deudor. Pero, pese al silencio legal, la exigencia de un retardo culpable debe mantenerse. Por lo siguiente: de un lado, porque responde a ideas plenamente consagradas en el Derecho histórico; de otro, porque se armoniza con el principio de la exclusión de la responsabilidad por caso fortuito (artículos 1.101, 1.105 y 1.182 del Código civil); y por último, porque es la orientación que preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Cfr. sentencias de 29-12-1892 y 14-11-1925). En este trabajo sólo nos ocupamos de la interpelación del acreedor, elemento esencial de la *mora ex persona*.

## I. CONCEPTO DE LA INTIMACIÓN

La intimación es el elemento central de la *mora ex persona*; el único que, expresamente, está reconocido en el artículo 1.100 de nuestro Código civil; ella hace que la situación de mero retardo se convierta en un estado jurídicamente relevante. El incumplimiento por parte del deudor de la exigencia que integra el contenido de la intimación reafirma su voluntad de no querer cumplir. El incumplimiento inmediato, inequívoco y expreso produce la constitución en mora. El cumplimiento hace cesar la situación

---

(1) Sobre este particular no hay unanimidad. Por algunos se afirma que la única diferencia entre la mora y la tardanza sin mora radica en la *perpetuatio obligationis*. Por otros, que la tardanza sin mora no produce indemnización de daños y perjuicios; esta última dirección tiene su apoyo en la sentencia de 21 de mayo de 1904, que declaró que el precepto del artículo 1.101 está subordinado a la *existencia real* de la mora y no procede, por tanto, indemnización de no existir ésta; asimismo en la redacción del artículo 1.101, pues la indemnización está condicionada a la constitución en mora; también confirma esta tesis el artículo 1.108 que fija la indemnización de daños y perjuicios si el deudor incurriere en mora, y sólo se incide en mora con la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 1.100.

de retraso. No es fácil, desde un principio, distinguir cuándo, tras la intimación, existe un incumplimiento definitivo, y cuándo la desobediencia a la reclamación explícita del acreedor será generadora sólo de un cumplimiento tardío, pues si el deudor no cumple el día fijado en la intimación puede ser debido bien a que no tenga intención de cumplir o porque vaya a cumplir más tarde. Sólo el contenido de la relación obligatoria permite dar una respuesta segura a esta pregunta; efectivamente, si la obligación es negativa no se admite la mora y una ejecución retardada es inadmisibles (2); si la obligación deviene imposible por culpa del deudor, una obligación retardada es imposible (3); y, por último, si la obligación está provista de término esencial, una obligación retardada es, normalmente inútil (4).

Teniendo en cuenta la trascendencia de la intimación en la constitución en mora, hay que precisar cómo habrá de hacerse; si se impone una forma determinada o si es suficiente con que conste de una manera clara y evidente la voluntad del acreedor de que sea cumplida, sin más, la obligación. Se dirige a un destinatario determinado para que cumpla, pero existen muchas formas

---

(2) Cfr. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 1955, pág. 346. No es concebible la mora en las obligaciones de no hacer tanto porque, en esencia, no se puede tener lo hecho por no hecho, como porque el artículo 1.100 se refiere sólo a las obligaciones de entregar o hacer. En las obligaciones de no hacer el deudor se abstiene de una actividad determinada; es evidente que no puede haber retardo en el cumplimiento, porque si el deudor cumple el acto que le estaba prohibido es incumplidor definitivo.

(3) Si la prestación se ha hecho excesivamente onerosa se incurre en mora a no ser que esté determinada por acontecimientos externos extraordinarios. Una situación jurídica de retardo en el cumplimiento presupone que la prestación sea todavía posible. Si la prestación, originariamente posible, deviene sucesivamente imposible por causa imputable al deudor, es evidente que no nos hallamos ante una situación de retardo cualificado, puesto que la imposibilidad de la prestación excluye que pueda cumplirse posteriormente.

(4) A no ser que al acreedor con término esencial a su favor pueda convenirle obtener el cumplimiento tardío, el retardo en el cumplimiento se eleva a la categoría de incumplimiento absoluto. Entre nosotros se ha planteado el problema a propósito del artículo 1.100, número 2.º DE BURX (Notas a COLIN y CAPTANT, tomo III, pág. 125) dice que en este caso, más que mora hay incumplimiento total, puesto que el momento en que ha de realizarse la prestación se considera de esencia para los efectos que con la prestación se pretenden. La mayoría estima que el artículo 1.100, número 2.º ha de interpretarse en relación con la institución a que se refiere, esto es, dentro de la mora (DÍAZ PABLO, *Introducción al derecho de obligaciones*, tomo I, págs. 145-146. PÉREZ PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, pág. 225. PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECKERUS, vol. I, pág. 168). Nosotros creemos que el artículo 1.100 no se refiere al término esencial en interés exclusivo del acreedor; así sería si expresamente se pactara, pero entonces habríamos salido de la institución de la mora para entrar en el incumplimiento. El artículo 1.100, 2.º ha de ponerse en relación con el artículo 1.127; de esta manera quedan bajo el artículo 1.100, 2.º de los plazos establecidos en interés del acreedor si éste renuncia, los establecidos en interés de ambas partes y los constituidos en beneficio del deudor.

de poner en conocimiento del deudor la voluntad del acreedor con ese mismo fin, pues tanto el simple recuerdo como la forma solemne y fehaciente en que se conmina al deudor tratan de obtener la realización exacta de la prestación. No todas ellas tienen la categoría de intimación. La forma externa del acto no siempre será decisiva para deslindar la verdadera interpelación de actos análogos pero no revestidos de su misma naturaleza; por el contrario es trascendente el sentido en que se exterioriza la voluntad del acreedor. Esta es la idea a que responde nuestro Código civil como lo prueba la expresión «*exijan* judicial o extrajudicialmente»; esta *exigencia* del párrafo primero del artículo 1.100 se hace equivalente de *intimación*; así se desprende del párrafo segundo del propio artículo 1.100 cuando marcando una excepción al párrafo primero y refiriéndose a él advierte que «no será, sin embargo, necesaria la *intimación* para que la mora se produzca...» En el párrafo primero se modula la *mora ex persona* de la que es presupuesto imprescindible el requerimiento que el legislador denomina *exigencia e intimación*; en el párrafo segundo se delinea la *mora ex re*, caracterizada por surgir automáticamente, sin necesidad de actos constitutivos. En definitiva, para el nacimiento de la *mora ex persona* es indispensable que la prestación se exija al deudor requiriéndole o intimándole; si la voluntad no aparece clara, inequívoca e imperativa en orden a la pretensión inmediata del cumplimiento, tal manifestación no debe revestir la categoría de intimación o requerimiento (5). Tal manifestación de voluntad recepticia debe eliminar en el destinatario las posibles dudas sobre la existencia del crédito y sobre la firmeza de la voluntad del acreedor de hacer valer el derecho de crédito; así la conducta del deudor halla un obstáculo eficaz para acudir a la ignorancia del vencimiento o de la existencia de la obligación (6). Larenz (7) dice que el requerimiento es, por naturaleza, una declaración del acreedor dirigida al deudor expresiva de que reclama el cumplimiento inmediato de la prestación; es por tanto una intimación a la prestación que no necesita contener indicación de las consecuencias de la mora. Esta nota de inmediatez es reco-

(5) A la vista del artículo 1.219 del Código civil italiano (*Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto*), RAVAZZONI (*La costituzione in mora del debitore*, 1957, pág. 3) sostiene que el requerimiento e intimación no son términos equivalentes, pues mientras el requerimiento es una solicitud de la prestación pura y simple, la intimación es la orden del acreedor al deudor para que cumpla su prestación. En la doctrina española se emplean como sinónimos las expresiones requerimiento, interpelación e intimación. Lo mismo en la jurisprudencia. En sentencia de 4 de enero de 1911 expresamente se equiparan intimación y requerimiento cuando declara que «el artículo 1.100 sienta el principio de la necesidad de intimación previa para que sobrevenga la mora. De suerte que si no ha mediado esa especie de requerimiento no puede existir mora».

(6) Cfr. RAVAZZONI, *La costituzione in mora*, cit., pág. 16

(7) *Derecho de obligaciones*, traducción española, tomo I, pág. 341.

gida también por Puig Peña cuando afirma que el requerimiento es manifestación de voluntad por cuya virtud el acreedor indica al deudor que debe cumplir inmediatamente la prestación (8). La orden de cumplimiento próximo ha de ser, además, especialmente imperativa, conminatoria, de modo que no pueda confundirse con un recuerdo particular de que existe una deuda pendiente y ha de pagarla; su contenido debe producir en el deudor el convencimiento de que el acreedor no tolerará dilaciones; por ello manifiesta Díaz Pairó (9) que no habrá intimación si el acreedor se limita a requerir al deudor para que reconozca la deuda y convenga el plazo y condiciones de la devolución o cuando le envía la cuenta y le avisa la existencia del crédito. Esta solución no es acogible sólo en un plano teórico; se adapta también al artículo 1.100 del Código civil; no basta, en efecto, intimar al reconocimiento de una deuda existente, sino que es preciso intimar al cumplimiento, «exigir el cumplimiento de la obligación» (10).

La intimación es la manifestación expresa de voluntad por la que el acreedor ordena al deudor que cumpla inmediatamente la obligación. La simple reclamación de una deuda, aún vencida y exigible, no constituye siempre intimación (11).

## II. NATURALEZA JURÍDICA

Aunque algunos sostienen que la intimación constituye un propio y verdadero negocio jurídico (12), la mayor parte de la doctrina entiende que participa de la naturaleza de los actos jurídicos

(8) *Tratado de Derecho civil*, cit., pág. 226.

(9) *Introducción al derecho de obligaciones*, cit., pág. 141.

(10) El requerimiento de pago es declaración de voluntad expresa; aunque pueda admitirse la categoría de manifestaciones de voluntad tácitas recepticias, el artículo 1.100 no las autoriza, pues para finalizar con el retraso de hecho es necesario que el acreedor ordene expresamente el cumplimiento.

(11) CROME (*Teorie fondamentali delle obbligazioni*, 1908, pág. 148) dice que la intimación es la expresión más técnica de invitar al cumplimiento. PUGG BRUTAU (*Fundamentos del Derecho civil*, tomo I vol. II, 1959, pág. 426) observa que no basta que del contenido de la relación obligatoria ya resulte que la obligación está vencida y que, por tanto, es exigible, sino que la efectividad de los derechos del acreedor dependen de la precisa e inequívoca exigencia, dirigida al deudor requiriéndole para que realice la prestación. El Tribunal Supremo ha distinguido el verdadero requerimiento de los actos tolerados no constitutivos de intimación (S. 4-7-1925).

(12) LEONHARD, partiendo de diversas consideraciones generales, sostiene la naturaleza negocial de la intimación, afirmando que el hecho de que la misma no se dirija directamente a producir la consecuencia jurídica del retardo no es trascendente para eliminar la naturaleza del negocio jurídico (*Allgemeines Schulrecht des B. G. B.*, 1929, pág. 517). También SGRÁ (*Studio sul concetto di negozio giuridico*, en «Rivista italiana per le scienze giuridica», 1900, pág. 34). STAUDINGER-KUULEMBECK (*Kommentar*, tomo II, pág. 173) aducen como argumento que a la intimación

en sentido estricto. En todo negocio se presupone la existencia de una voluntad encaminada directamente a un fin protegido por el ordenamiento jurídico; nota esencial de los negocios es la concordancia plena del efecto jurídico producido con el contenido de la voluntad; la voluntad del declarante tiene valor y relevancia en el negocio jurídico no sólo en cuanto es voluntad de declarar, sino en cuanto es voluntad del contenido y del fin de la manifestación (13). En los actos jurídicos en sentido estricto también hay una voluntad declarada, pero existe una discordancia entre los efectos jurídicos producidos y el contenido de la voluntad; el contenido de la voluntad no provoca el efecto jurídico directamente. En el negocio jurídico hallamos una exacta correspondencia entre lo deseado y lo acontecido; en los actos jurídicos en sentido estricto, una falta de congruencia entre la voluntad y las consecuencias realizadas. Este es el criterio distintivo más comúnmente aceptado entre negocio y acto jurídico (14).

Sin embargo, esta línea clásica tiene contradictores. Cariota-Ferrara ha observado que poner de relieve como diferencia específica entre negocio y acto la congruencia o no del efecto con el contenido de la voluntad significa detenerse en una línea secundaria y consecencial (15). Y Betti enfoca la distinción tomando

---

le son aplicables todas las normas que disciplinan las declaraciones de voluntad, de modo que no está justificado incluirla en categoría diversa de la negocial.

(13) CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. española, 1956, pág. 29.

(14) ENNECERUS, *Parte general*, tomo I, vol. II, pág. 11. TRIMARCHI, *Atto e negozio giuridico*, 1940. NICOLO, *Ladempimento dell'obbligo altrui*, 1936, pág. 147 y sigs. CASTÁN, *Derecho civil*, tomo I, vol. II, 1956, pág. 479. ALBALADEJO (*El negocio jurídico*, 1958, pág. 29) dice que en el negocio jurídico el contenido del efecto jurídico corresponde a la voluntad que se declaró, mientras que en la intimación el efecto jurídico que se produce es quedar constituido el deudor en mora, efecto que no corresponde al contenido volitivo que el acreedor exteriorizó, pues manifestó querer el cumplimiento. DE CASTRO (*Derecho civil de España*, 2.<sup>a</sup> edic., tomo I, págs. 621-622) opone a los negocios jurídicos las que llama *declaraciones modificativas*, esto es, la situación valora la jurídicamente como modificada o alterada por la voluntad de las personas; se tiene en cuenta la voluntad de que se produzca la modificación, pero ésta es conformada por la ley. Negocio jurídico es la situación que el Derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas; se tiene en cuenta a la intención como productora y conformadora de la situación jurídica, dependiendo la regulación legal de la autonomía de la voluntad.

Un examen de las teorías existentes en torno a la distinción entre acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico pueden verse en *Tesaurus (Atti e negozio giuridici*, 1933, págs. 5-10), y, más recientemente, en SCOGNAMIGLIO (*Contributto alla teoria del negozio giuridico*, 1956, páginas 160-182). En España ha expuesto magistralmente la distinción BERTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO (*El cumplimiento de las obligaciones*, páginas 86-102).

(15) *El negocio jurídico*, cit., págs. 30-31. Dice que difieren acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico, por la forma, por la causa y

en cuenta el carácter preceptivo o no del contenido de la declaración de voluntad, con especial referencia a la existencia o no de una regulación de intereses valedera para el porvenir (16). Otros han negado la utilidad de la distinción ya que, se dice, carece de valor práctico, porque a los llamados actos jurídicos en sentido estricto se les aplican las mismas normas que valen para los negocios jurídicos (17). Ciertamente existen facetas coincidentes entre acto y negocio que han de ser tratadas en la forma ordenada para los negocios; mas existen otros elementos como la forma, la causa e incluso la capacidad, que, por exigir un tratamiento distinto, no pueden llevar a la identificación de ambas figuras jurídicas (18).

La intimación es un acto voluntario: el acreedor, en virtud de ella, pretende el cumplimiento de la obligación, recuerda al deudor, formalmente, la necesidad de prestar. Hasta este momento la intimación no halla elementos obstativos para su configuración como negocio jurídico. Es algo sucesivo y no previsto en el instante de la emisión, la producción del efecto jurídico, lo que provoca la especialidad; la voluntad declarada contenía una invitación firme a cumplir pero sólo obtuvo, con la negativa del deudor expresa, la constitución en mora. Entre lo que se pretende al manifestar la voluntad (cumplimiento) y el resultado (constitución en mora) no hay paralelismo. Para que se desencadenen los efectos de la mora son necesarias dos declaraciones previas y opuestas: una de marcado carácter positivo constituida por la intimación, y otra siempre negativa integrada por la violación del requerimiento que contenía la primera. Esta solución se armoniza con el artículo 1.100 del Código civil, párrafo primero; de su letra se desprende que el efecto obtenido con la declaración es la constitución en mora: «Incurrer en mora...» La voluntad del

---

por la exigencia de capacidad y voluntad. Por la forma, porque a diferencia de lo que ocurre en los negocios, la forma escrita requerida para la transferencia de inmuebles, no se exige para los actos jurídicos estrictos como la ocupación. Por la causa, pues siendo un elemento esencial de los contratos no es siquiera imaginable en los actos; diferente es el caso en que se trate de una atribución patrimonial en la que se exige una causa, puesto que entonces la causa lo es de dicha atribución y no del acto en sí. Más delicada es la cuestión por lo que se refiere a la voluntad y a la capacidad; la voluntad y el conocimiento del acto, y, por tanto, la capacidad natural, son necesarias en el acto jurídico en sentido estricto; el acto jurídico es un acto de voluntad, una manifestación de voluntad; pero no se requiere la capacidad legal que se exige para los negocios jurídicos, e igualmente, por regla general, no influyen las causas de discrepancia entre voluntad y manifestación, ni los vicios de la voluntad.

(16) *Negozio giuridico*, pág. 54-56.

(17) Cfr. ANDREOLI, *Contributto alla teoria dell'adempimento*, 1937 pág. 58.

(18) ENNECERUS, *Ob. cit.*, pág. 12.

acreedor se dirige a obtener el cumplimiento: «desde que el acreedor exija... el cumplimiento». A este resultado han contribuído tanto la interpelación como el rehusar el deudor el mandato contenido en aquélla.

Como acto jurídico en sentido estricto, es fundamental la declaración de voluntad en la intimación; además que la declaración haya sido exteriorizada y dirigida a una determinada persona o a un grupo de personas. Por la dirección dada a la declaración se contraponen las declaraciones de voluntad en las que se precisa que la voluntad llegue a conocimiento de un destinatario determinado, y aquellas otras para las que es suficiente la exteriorización, la posibilidad abstracta de que sea aprehendida por los demás, sin necesidad de que se dirijan a un concreto destinatario. Las primeras son las llamadas declaraciones de voluntad recepticias; las otras, no recepticias (19). Esta distinción no está expresamente recogida en el Código civil español; sin embargo,

---

(19) La distinción entre manifestaciones de voluntad recepticias y no recepticias ha sido desconocida por parte de la moderna doctrina. Se ha dicho que a la declaración de voluntad es esencial el fin de ser comunicada a otros, de ser notificada, de modo que las declaraciones de voluntad son siempre recepticias. A este efecto se contrapondrán los negocios propios o negocios de declaración y los negocios de voluntad o negocios de actuación, basados en la distinción entre declaración de voluntad y manifestación de voluntad; declaración de voluntad es sólo la manifestación de voluntad dirigida a otra persona; la manifestación de voluntad no es propiamente expresión de una voluntad, sino una actuación o ejecución de la voluntad o, si se quiere, una voluntad sin destino. En la manifestación es extraña toda comunicación, pero la comunicación es esencial a la declaración. Inició esta teoría MANIGK en 1901 (*Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, págs. 20 y sigs.), y después en *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'enquadramento sistematico degli atti giuridici privati*, en «Anuario di Diritto Comparato», XVI, 2, 1942, págs. 133 y sigs.), la aceptó BEKKER (*Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910, págs. 258 y sigs.) y ha sido seguida por juristas de la talla de OERTMANN y SIEGEL, en Alemania, y SANTORO-PASARELLI, BETTI y MESSINEO, en Italia. Una aguda crítica de esta doctrina se halla en ENNECERUS (Parte general, tomo I, vol. II, págs. 59-60, nota 7 fundamentalmente), quien estima que no está justificado establecer una contraposición de principio entre declaración de voluntad en sentido estricto y actuación de la voluntad; se ha de rechazar, pues, la doctrina que sólo quiere reconocer como declaración de voluntad a la recepticia, o sea a aquella que se emite frente a otro, y, por tanto, que afirma que la actuación de la voluntad no es declaración de voluntad. No es cierto que sólo en la declaración de voluntad se requiera la conciencia de la declaración ni tampoco que no sea precisa, tratándose de la actuación de la voluntad, la impugnación de la falta de voluntad. CARIORA-FERRARA (*Ob. cit.*, págs. 219-220) cree que esta dirección es artificiosa en su base y en sus deducciones, ya que, de un lado, no se pueden ver diferencias esenciales entre manifestación y declaración, pues incluso ésta es actuación de la voluntad si tal se considera toda manifestación, y de otro, no es verdad que la manifestación sea siempre ejecución de la voluntad, pues por definición sí es manifestación, es decir, exteriorización, no es actuación o ejecución de voluntad más de lo que lo sea la declaración que es también exteriorización de voluntad.



como dicen Pérez y Alguer, se halla latente en aquellos preceptos que subordinan la eficacia de ciertas declaraciones a su emisión hacia un destinatario (20). Concretándonos a la declaración integrante de la intimación es correcto sostener que la mora surge no de la mera petición de la prestación que hace el acreedor, sino con la interpelación, que supone una declaración de voluntad que necesariamente ha de conocer el deudor y por la que se le reclama la deuda en su integridad. De un modo u otro la declaración de voluntad del acreedor ha de ser, por esencia, recepticia; puede ser mediata o inmediata, y aun cuando con carácter general no hay obstáculos en admitir junto a las declaraciones de voluntad recepticias expresas las declaraciones recepticias tácitas, estimamos que, en la institución objeto de estudio, la declaración de voluntad recepticia será siempre expresa. En definitiva, la declaración de voluntad que integra la intimación ha de completarse a través de una ulterior actividad que se denomina notificación; no es suficiente que esté dirigida a otro sino que debe llegar a conocimiento del destinatario para la producción de sus efectos (21).

### III. REQUISITOS PERSONALES DE LA INTIMACIÓN

La intimación procede del acreedor, bien sea directamente o a través de su representante legal o voluntario; se dirige a obtener el cumplimiento, y puede válidamente hacerse por las personas en cuyo favor estuviese constituida la obligación o por otra autorizada en su nombre (arg. artículo 1.162 del Código ci-

---

(20) Notas a ENNECERUS, tomo I, vol. II, pág. 71. Su admisión está prevista en el artículo 1.133 del Código Civil, ya que la declaración de voluntad del deudor optando por una de las varias prestaciones posibles no producirá efecto sino desde que fuere notificada; la concentración en la obligación alternativa tiene lugar por la elección, se consume cuando la declaración es conocida por el acreedor. La elección así integra una declaración de voluntad unilateral recepticia al condicionarse su eficacia al conocimiento o notificación de la persona a quien se dirige; no es suficiente para la eficacia de la concentración que la voluntad haya sido exteriorizada sino que la voluntad emitida que contiene la elección de una entre las varias prestaciones debe tener un punto terminal determinado: el destinatario.

El Tribunal Supremo ha diferenciado las declaraciones de voluntad recepticias de las no recepticias por su especial importancia en materia de impugnación, interpretación y consumación de los negocios jurídicos (Cfr. sentencias de 8-7-1940 y 6-3-1944).

(21) Véase PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, en «*Scritti in onore*», de SCIALOJA, tomo III, págs. 441 y siguientes. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, 1955, págs. 56 y siguientes. RAVAZZONI, *La costituzione in mora*, cit., pág. 21. Y, en general, BARRASSI, *Notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, 1906. DURMA, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, París, 1930. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, 1959.

vil). No hay, pues, dificultad en admitir que sean personas distintas las que emitan la manifestación de voluntad que contiene la intimación y las que participen de sus efectos. La autorización podrá hacerse con carácter general o para un asunto determinado; si fue concedida en términos generales no se entienden comprendidos en ella más que los actos de administración (artículo 1.713), suficientes para exigir créditos (22).

La intimación se dirige a un destinatario; debe ser recibida por el deudor o su representante (23). Destinatario real será aquel en cuyo favor o desventaja se realicen los efectos jurídicos, estos, el interesado directamente por la declaración; junto al destinatario de los efectos jurídicos (deudor) podemos distinguir el destinatario de la intimación (deudor o representante). Scaevola (24) dice que la reclamación dirigida al representante será válida en el caso de que conste que el mandatario la transmitió al deudor siempre que el mandato tenga por objeto el pago de la deuda (25).

Si los deudores son varios y están ligados por el vínculo de la solidaridad, la intimación puede dirigirse contra cualquiera de ellos produciéndose la mora colectivamente (26). Esta cuestión no está resuelta en el Código civil, pero hay que inclinarse por la afirmativa, pues cada deudor viene obligado al cumplimiento *íntegro* de la prestación (arts. 1.137 y 1.142 del C. c.) por lo que si es requerido de pago sus consecuencias se propagan al grupo. Un supuesto análogo es el previsto en el artículo 1.147: imposibilidad culpable de la prestación: en este caso o si hubiere mediado culpa en cualquiera de los deudores, todos serán responsables

(22) En este sentido PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil français*, tomo III, pág. 438 y sigs. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, págs. 143 y sigs.. GEORGI, *Teoría de las obligaciones*, cit., pág. 91. *El negotiorum gestor* puede interpelar por los créditos dependientes de la gestión, pero no por los demás del *dominus negotii*. Cfr. sobre esto último MESSA, en *Enciclopedia giuridica italiana*, voz Mora.

(23) Sobre si el acto de recepción del destinatario debe considerarse como acto en sí mismo o como complemento del acto a él dirigido, puede verse MIRABELL, *L'atto non negoziale*, cit., pág. 250; cuestión no sólo teórica, pues repercute en la capacidad exigida al destinatario (*RESERVO, Incapacità naturale e adempimento*, 1950, págs. 240 y sigs.).

(24) *Código civil comentado*, tomo XIX, 1902, pág. 457.

(25) CIRRONI (*Culpa contractual*, 1892, pág. 796) amplía la posibilidad de recibir la intimación al gestor de negocios del deudor por las obligaciones que hubiera contraído en la administración llevada y por los contratos del deudor si la gestión es general o especial respecto de ellas. MONTI. (Mora, en *Nuevo Digesto italiano*, pág. 744) dice que la eficacia de la interpelación dirigida al *negotiorum gestor* está limitada a las deudas derivadas de su gestión. En el mismo plano CIRRONI (*Ob. cit.*, pág. 92), DERNBURG (*Diritto delle obbligazioni*, trad. ital., 1903, pág. 156), SAMPERI (Mora, en *Dizionario práctico del Diritto privato*, de SCIALOJA, pág. 1242).

(26) Sobre este punto, Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, 1948, pág. 239, y AMORTH, *L'obbligazione solidale*, 1959, pág. 115.

para con el acreedor. La situación de retardo cualificado se transmite a todos los codeudores solidarios aunque la estructuración de los hechos sea diversa: imposibilidad total de la prestación en el artículo 1.147, e imposibilidad actual en el artículo 1.100. Pérez y Algner (26) llegan a esta solución amparándose en los artículos 1.144 proposición primera, 1.141, apartado 2.º y 1.147 párrafo segundo, en donde se menciona el abono de intereses para hacer responsables del mismo a todos los deudores, ésta es la consecuencia propia de la mora en las obligaciones consistentes en una cantidad de dinero.

¿Cuál será la capacidad requerida para hacer válidamente la intimación? Esta materia está ligada a la de la naturaleza jurídica de la intimación. Se señaló que la doctrina es casi unánime en calificar la intimación al cumplimiento de acto jurídico en sentido estricto. Esta categoría de actos, aun tratándola con carácter independiente de los negocios jurídicos y de los simples actos, sigue planteando la dificultad, casi insoslayable, de la capacidad requerida para su plena eficacia; se haría precisa la construcción de una teoría general de la capacidad para celebrar los actos jurídicos en sentido estricto, y ante tales inconvenientes sería bastante exigir una capacidad distinta a la necesaria para concluir válidamente los negocios jurídicos.

Dos cuestiones deben resolverse separadamente. Una general: la capacidad requerida para los actos jurídicos en abstracto. Otra especial: si debe exigirse la capacidad negociada para que la intimación (acto jurídico) produzca la constitución en mora.

A) Cariota-Ferrara dice que la capacidad y el conocimiento del acto, y por tanto la capacidad natural, son necesarias: el acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad, una manifestación de voluntad; por el contrario, no es precisa siempre la capacidad legal que se exige para los negocios jurídicos, e igualmente, por regla general, no influyen las causas de discrepancia querida entre voluntad y manifestación, ni los vicios de la voluntad (27).

Andreoli indica que a los llamados actos jurídicos en sentido estricto se les consideran aplicables las mismas normas que valen para los negocios jurídicos (28).

Otros (29) advierten que por la diversidad de ambas figuras ha de excluirse la aplicación analógica, pero llegan a extender, respecto a la declaración de voluntad tan sólo, a los actos jurídicos

(26) *Notas al Derecho de obligaciones*, cit., pág. 450. En sentido contrario ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 447, y BARBERO, *Sistema del diritto privato*, vol. II, pág. 74.

(27) *El negocio jurídico*, cit., pág. 31.

(28) *Contributo alla teoria dell'adempimento*, cit., pág. 58.

(29) SANTORO-PASARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1954, pág. 73. SCOGNAMIGLIO, *Ob. cit.*, pág. 181.

parte de las normas de los negocios basándose en el hecho de que se trata de normas relativas a la manifestación de voluntad, sean o no negociables. Enneccerus observa que en tanto prepondera su naturaleza coincidente con las declaraciones de voluntad habrá que tratarlas por analogía a éstas, o sea, que habrá que aplicar por lo regular lo que se refiere a la capacidad de celebrar negocios jurídicos (30).

B) Klein (31), tras incluir la intimación entre los actos de participación, afirma que si la participación de voluntad debe transmitir al que la recibe el conocimiento de aquello que el participante se propone realizar, la intimación puede ser realizada eficazmente sólo por quien tenga capacidad para concluir válidamente el acto anunciado.

Manigk (32) señala que la capacidad para el acto de participación (intimación) debe desvincularse de la capacidad requerida para concluir la relación jurídica en orden a la cual el acto se realiza.

Mirabelli (33) dice que la regla que tiende a equiparar la capacidad para el acto de participación a la capacidad necesaria para el acto anunciado es un regla puramente conceptual que no encuentra apoyo en la realidad del fenómeno. El criterio seguro para juzgar si ha de exigirse o no el requisito de la capacidad negocial en la intimación, es el de la valoración de las consecuencias jurídico-patrimoniales que deriven del acto del agente, y tal criterio nos muestra que no es preciso que el intimante sea negocialmente capaz.

Nosotros creemos que el intérprete no debe detenerse sólo en el resultado producido por la manifestación de voluntad, sino, sobre todo, en la manifestación de voluntad en sí. Atendiendo al resultado, la declaración de voluntad integrante del requerimiento, por sus efectos, se encuadra en un acto en sentido estricto. Si la contemplamos en su formación no puede, de antemano, afirmarse si va a ser el elemento constitutivo de un acto o de un negocio. Si con la manifestación de voluntad constitutiva de la interpelación se obtiene automáticamente el cumplimiento, el efec-

(30) En su *Derecho de obligaciones* (vol. I, pág. 258) no coincide plenamente con lo aquí anotado (*Parte general*, tomo I, vol. II, pág. 12), al señalar que por aproximarse mucho a las declaraciones unilaterales de voluntad recepticias, al requerimiento han de aplicársele las disposiciones de éstas, especialmente lo que afecta a la capacidad, pero discrepa de DERNBURG (que exige la plena capacidad de celebrar negocios jurídicos), porque el requerimiento no es disposición sobre el crédito, sino que la disposición sólo está en la aceptación del pago (*Derecho de obligaciones*, cit., pág. 259, nota).

(31) *Die Rechtshandlungen im engeren sinne*, München, 1912, pág. 167. Lo mismo DERNBURG, *Pandette*, cit., pág. 156, nota 6.

(32) *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín, 1907, pág. 741.

(33) *L'atto non negoziale*, cit., pág. 408 y sigs.

to producido (cumplimiento) corresponde a la voluntad del declarante; si con la intimación para cumplir no se consigue el cumplimiento actual, sino la constitución en mora, el efecto producido es incongruente con el contenido de la voluntad; la mora será consecuencia de la declaración de voluntad, pero no es lo pretendido directamente al emitir la declaración. ¿A qué momento ha de atenderse entonces para regular la capacidad del declarante? La incongruencia de los efectos es algo no previsto al tiempo de la manifestación y no puede esperarse al resultado producido para determinar la capacidad precisa para emitirla; en el momento de la formación la capacidad tiene que estar fijada. La declaración de voluntad que da vida al requerimiento no es generadora desde un principio de un acto jurídico, sólo desde un momento posterior: cuando el deudor ha violado su contenido. De ahí el que no sea posible distinguir en su formación, declaraciones de voluntad constitutivas de negocios y declaraciones de voluntad integrantes de actos. La capacidad exigible hay que fijarla temporalmente en el nacimiento de la declaración; se precisa la misma para la eficacia de los actos que para la validez de los negocios. Refiriéndonos a la constitución en mora es de notar que la mora no surge *desde* que el acreedor exige el cumplimiento, sino *desde* que el requerimiento no es atendido. Si desde la emisión de la declaración la voluntad fuera encaminada a producir actos jurídicos, la capacidad para el acto y la capacidad para el negocio podrían separarse, pero el requerimiento no constituye acto jurídico *ab initio*. La declaración de voluntad provoca los actos jurídicos desde que su contenido no es atendido por el destinatario, fijando entonces la ley unos efectos diversos al fin querido por el emitente. Creemos, en definitiva, que la capacidad correspondiente a los actos jurídicos debe ser la misma que la exigida para la validez del negocio que se participa. De modo que la intimación hecha por acreedor incapaz para celebrar negocios jurídicos es nula, sea o no atendida por el deudor. Si el requerimiento parte de un sujeto de capacidad limitada, será válido siempre que esté autorizado por su representante (34)

#### IV. OBJETO DE LA INTIMACIÓN

Con la intimación el acreedor reclama precisamente la prestación debida. Si exige otra del todo distinta el requerimiento no da lugar a la constitución en mora. Esta es opinión pacífica en

---

(34) Cfr. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 258. RAVAZONI (Ob. cit., pág. 22) dice que en cuanto el pago hecho al acreedor incapaz no libera siempre al deudor y que, en consecuencia, el deudor no está obligado a pagar al incapaz, es claro que la intimación emitida por acreedor incapaz no produce efectos; sería válida si se ordenara el pago

la doctrina (35). Ahora bien, diversa es la cuestión cuando el acreedor no demanda una *prestación distinta* sino que intima por una *prestación mayor* aunque de la misma naturaleza. Enneccerus sostiene que si el requerimiento difiere del contenido de la obligación sólo en algunos aspectos, será válido o ineficaz según las circunstancias concurrentes; si es de suponer que aunque el contenido del requerimiento fuese absolutamente correcto el deudor no hubiera prestado, incurrirá también en mora (36). Otros afirman que depende del prudente arbitrio del juez el decidir si el deudor puede o no ser constituido en mora por la cantidad verdaderamente debida cuando se reclame una mayor. Giorgiani (37) dice que, en vía de principios, parece que la intimación por suma mayor de la efectivamente debida debe propender a la validez siempre que el acreedor indique exactamente cuál es el origen del crédito, pues de otra forma en muchos casos el acreedor se encontraría en la imposibilidad de intimar por desconocer la entidad de su crédito. Algunos, finalmente, niegan a una excesiva intimación validez también para la parte de débito efectivamente debida (38). A nuestro modo de ver debe ser acogida la tesis que afirma la ineficacia del requerimiento cuando se exige cantidad mayor que la debida. Pero no de modo absoluto e incondicionado; no, si se prueba que el deudor no hubiera atendido al requerimiento correcto; tampoco, cuando el exceso sea producto de un manifiesto equívoco del acreedor o de la persona que coopera con él a la formación de la declaración de voluntad. En las declaraciones de voluntad mediatas no puede imputarse al declarante la equivocación sufrida en la transmisión de la declaración formada y exteriorizada congruentemente. En las declaraciones de voluntad inmediatas el error material del declarante, o de su cooperador material, en la cantidad no hace ineficaz el requerimiento. El

al legal representante, MONTEL (voz *Mora*, en *Nuovo Digesto*, cit.) asegura, diversamente, que como la intimación es un acto de administración puede realizarla el menor emancipado o habilitado de edad.

(35) ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 259. PÉREZ Y ALGUER, *Notas*, cit., pág. 262. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, cit., pág. 228. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni*, pág. 147. GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, vol. II, pág. 92. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, tomo II, 1913, pág. 109. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. II, parte 1.<sup>a</sup>, 1904, pág. 97. SAMPERI, *Mora*, en *Dizionario pratico del Diritto privato* de SCIALOJA, pág. 1242. MESSA, *Mora*, en «Enciclopedia giuridica italiana».

(36) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 259. Sin considerar las específicas circunstancias sostienen algunos que siempre que se exija una prestación mayor la constitución en mora opera por la parte realmente debida. (DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, cit., pág. 156. MONTEL, *Mora*, en «Nuevo Digesto italiano».)

(37) *L'inadempimento*, 1959, pág. 119. La intimación será válida para la suma menor cuando se refiera al documento constitutivo de la obligación. (MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, cit., pág. 374.)

(38) RAVAZZONI, *La costituzione in mora*, cit., pág. 23. MESSA, voz *Mora*, en «Enciclopedia giuridica italiana».

Tribunal Supremo ha proyectado siempre su doctrina sobre interrelaciones excesivas no ligadas a las circunstancias singulares que pueden limitar la invalidez. Y declara que debe considerarse ineficaz el requerimiento cuando se reclama mayor cantidad que la debida. La sentencia de 2 de junio de 1953 dice que no puede considerarse deudor moroso a aquel a quien se reclama mayor cantidad de la debida; la de 5 de abril de 1949 advierte que ante una reclamación de cantidad excesiva no cabe apreciar morosidad en el deudor que no se aviene al pago. Lo mismo las sentencias de 22 de noviembre de 1927, 23 de noviembre de 1917, 13 de abril de 1901 y 16 de enero de 1910 (39).

Normalmente existirá perfecta correspondencia entre lo pedido y lo debido, pero ¿se incidirá en mora cuando el deudor no sabe con certeza cuánto debe prestar por ser ilíquida la deuda? La liquidez de la deuda es condición esencial, pero acontece que éste es un concepto flexible que admite variadas interpretaciones. Las siguientes:

a) Sólo la incertidumbre sobre la existencia de la obligación impide que surja la mora (incertidumbre sobre el *an debeatur*). Barassi afirma que no es obstáculo a la mora la incertidumbre sobre el *quantum debeatur* (40), y Montel (41) anota que la máxima *in illiquidis non fit mora* sólo es aplicable cuando la liquidación sea necesaria para determinar si el crédito existe, no cuando la existencia del crédito es cierta y sólo es incierta la cuantía del mismo.

b) No incurre en mora el deudor que desconoce la real cuantía de la deuda (incertidumbre sobre el *quantum debeatur*) aunque sea cierta la existencia de la obligación. Esta dirección es la que cuenta con más adeptos en la doctrina (42), y muchos no la limitan al *quantum* sino que la amplían a cualquier incertidumbre sobre alguno de los elementos esenciales de la obligación. Longo dice que no debe dudarse de que cuando la incertidumbre verse

(39) Refiriéndose a esta última sentencia PÉREZ y ALGUER (Notas, cit., pág. 262), dicen que su doctrina es improcedente si se la toma en sus términos absolutos. PUIG PEÑA (*Ob. cit.*, pág. 228) califica el criterio del Tribunal Supremo de algo injusto en el fondo. Hipótesis excepcional es aquella en que el acreedor requiera sólo el cumplimiento de parte de la deuda; en tal situación el deudor incurrirá en mora por la cantidad reclamada, con las salvedades antes expuestas, pero sin que se presuma la remisión de la parte de deuda no reclamada.

(40) *Teorie generali delle obbligazioni*, III, pág. 1.026.

(41) *Problemi di vario diritto*, 1953, pág. 48. También en voz *In illiquidis non fit mora*, en «Nuovo Digesto». GIORGANI, *Ob. cit.*, pág. 99.

(42) PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV, pág. 491. GEORGI, *Ob. cit.*, pág. 189. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, libro IV, tomo I, 1957, pág. 177. ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art.º 1.231*, in «Rivista di diritto commerciale», 1930, I, pág. 381. POLACCO, *Le obbligazioni*, pág. 522, sostiene que no incurrirá en mora el deudor que tenga una razonable causa para ignorar si debe o qué cosa debe o cuánto debe o a quién debe.

acerca de la persona del acreedor el crédito es ilíquido, porque el deudor ignora a quién ha de pagar válidamente con efectos liberatorios; tampoco puede decirse que esté en mora el deudor cuando varias personas pretenden el cumplimiento, si no se acredita la certeza del título (43).

c) Por último, otros creen que se debe abandonar, a los efectos de la mora, el requisito tradicional del carácter líquido, y se debe considerar que no perjudica el hecho de que la deuda sea ilíquida (44).

El Código civil carece de un precepto que imponga la liquidez de la deuda como requisito de la mora, pero tal silencio no obsta para sostener que la iliquidez del crédito impide que el requerimiento constituya al deudor en mora. No sólo lo confirma la tradición histórica (45); también alguna disposición aplicable a determinadas obligaciones: el artículo 1.169, párrafo 2.º, del Código civil (46). De esta norma se desprende que sólo son exigibles las deudas líquidas, mientras que un requisito de la *mora solvendi* es que la deuda sea exigible, esto es, la posibilidad inmediata por parte del acreedor de accionar para obtener el cumplimiento (Cfr. sentencia de 9-3-1959).

Admitida la vigencia del tradicional principio *in illiquidis non fit mora*, precisa que fijemos su extensión. Nuestra doctrina se suma a la dirección amplia por ser cualquier incertidumbre suficiente para conceptuar la deuda ilíquida, y para, en definitiva, obstaculizar el nacimiento de la mora. Díaz Pairó observa (47) que el deudor no incurrirá en mora cuando por su parte haya una ignorancia razonable sobre si debe prestar o cuánto, qué o a quién debe prestar; claro que la incertidumbre ha de tener cierto fundamento, pues de otra suerte se entregaría la contratación a la mala fe. Castán, sin determinar la amplitud, reconoce como condición necesaria de la *mora solvendi* que la obligación sea líquida (48). Este criterio es constantemente repetido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la mora no existe cuando la deu-

(43) *Diritto delle obbligazioni*, 1950, págs. 310-311. En general, se entiende que excluye la constitución en mora cualquier incertidumbre sobre *ei an, quid, quale o quantum debeat*.

(44) MESSINEO, *Ob. cit.*, pág. 337. DE CURIS, *Il danno*, pág. 221. MORTA, *Problemi della responsabilità e del danno*, 1952, pág. 106.

(45) La necesidad de la iliquidez, aunque no está afirmado explícitamente en las fuentes romanas, se deriva de alguna máxima de carácter general como la contenida en «Digesto», 50, 17, 99: «Non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat»; de ella ha surgido el principio *in illiquidis non fit mora*. (Cfr. MORTA, *In illiquidis non fit mora*, en «Nuovo Digesto italiano».)

(46) Dice así: «cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda». En términos similares, el artículo 927 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(47) *Ob. cit.*, pág. 139. Lo mismo PUIG PEÑA, *Tratado*, cit., pág. 224.

(48) *Derecho de obligaciones*, 1958, pág. 150.



da no consiste en una cantidad líquida: no hay mora cuando no se conoce la cantidad líquida reclamable (Ss. 19-11-1901, 13-7-1910, 17-4-1911, 28-10-1911, 29-11-1912, 29-4-1914, 14-1-1928, 5-10-1928, 4-10-1930, 19-12-1944, 27-3-1950, 2-6-1953 y 18-11-1960 entre otras).

Una cantidad es líquida cuando está perfectamente determinada; cuando es conocida y cierta pudiéndose precisar con exactitud lo que se adeuda (49). En nuestra jurisprudencia están marcadas dos tendencias sobre el concepto de cantidad líquida. Una, rigorista, absoluta; otra, dúctil, flexible. Con arreglo a la primera, cantidades líquidas son las determinadas por sí mismas y *sin necesidad de cálculo alguno* (sentencia de 8 de febrero de 1890); incluso ha llegado a afirmar con rigor que a pesar de reclamarse igual cantidad que la debida no siempre se incurre en mora, pues la simple coincidencia de la cantidad debida con la pedida no es bastante para constituir en mora cuando la determinación de la cantidad reclamada depende de un juicio previo encaminado a precisarlas (S. 14-11-1925). Pero junto a este criterio de la determinación exacta de la cantidad existe otro en donde juega ya el arbitrio: es cantidad líquida, a los efectos del artículo 1.100, la cantidad no determinada, pero *que puede determinarse por una simple operación aritmética* sin necesidad de una verdadera liquidación (Ss. 12 de diciembre de 1921 y de 13 de noviembre de 1924). La expresión *sencilla operación aritmética* puede inducir, por su laxitud, a confusión; porque, en un plano objetivo, tan sencilla es una adición como una división o una regla de tres simple. En otra ocasión se refirió a determinadas *operaciones elementales*: la cantidad es líquida, dice la sentencia de 27 de marzo de 1890, cuando se determina el importe de lo que el demandado viene obligado a satisfacer por medio de una simple operación aritmética de resta o sustracción. La más reciente de 18 de noviembre de 1960, tras sostener que la jurisprudencia se inspira en el principio *in illiquidis non fit mora*, afirma que una cantidad es líquida si precisa para determinarla una simple cuenta aritmética de exactos resultados prácticos. Por tanto, las operaciones a realizar determinantes de la liquidez serán siempre aritméticas; con ello se excluyen las operaciones algebraicas, aunque, como las aritméticas, sus resultados sean exactos.

Si una deuda es en parte líquida y en parte ilíquida puede exigirse la parte de deuda líquida pero no la parte ilíquida (artículo 1.169). En base a tal precepto el Tribunal Supremo sostiene que el deudor incide en mora por las cantidades líquidas reclamadas de una deuda sin que haya necesidad de que se liquide el resto (S. 17-5-1957), y que cuando se demanda juntamente el cumplimiento de dos obligaciones, líquida una e ilíquida la otra, no pier-

---

(49) Sobre qué se considera cantidad líquida a efectos procesales, cfr. los artículos 921, párrafo 2.º y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

de la primera su condición propia para convertirse en ilíquida (S. 29-9-1892) (50).

## V. FORMA DE LA INTIMACIÓN

La declaración de voluntad dirigida al deudor debe ser expresa e imperativa en solicitud del cumplimiento inmediato de la obligación. Pero ¿se exigirá una forma determinada? En nuestro Derecho, para el acto jurídico extrajudicial constitutivo de la intimación, rige también el principio de la libertad de forma reconocido en el artículo 1.278 del Código civil. El único límite a esa libertad se centra en las interpelaciones judiciales, pues para su eficacia deben ajustarse a los requisitos formales que presiden el acto de conciliación (art. 460 y siguientes de la LEC.), la demanda (art. 524 de la LEC.) y la reconvención (art. 542 de la LEC.) (51). Exponemos por separado el tratamiento de cada una de las dos formas de interpelación.

A) *Intimación extrajudicial*. Rige para ellas el principio de la absoluta libertad para operar la eficacia; cualquier interpelación formalmente es suficiente con tal de que produzca en el deudor la convicción de que el acreedor no condenderá más. En ocasiones el legislador ha limitado el requerimiento a formas determinadas; así ocurre con el artículo 63, núm. 2.º del Código de comercio, que exige la intervención de Notario u otro oficial público para admitir la protesta de daños y perjuicios; restricción que vuelve a manifestarse en la interpelación cambiaria (artículo 504). Como esta materia está silenciada por el artículo 1.100 del Código civil, en principio hay que admitir que cualquiera sea la forma del requerimiento será suficiente para cualificar el retardo; como dice Castán (52) al no exigir el Código forma determinada alguna para la intimación, habrá de entenderse que existe ésta siempre que se prueba que el acreedor ha reclamado del deudor el pago de la deuda. De modo que el envío de la cuenta con recibí, o de una expedición a reembolso ha de interpretarse como requerimiento, y lo mismo el múltiple envío de la cuenta repetido a intervalos más breves que los de costumbre (53). Tam-

(50) Si la deuda es ilíquida pero la liquidez es derivada de un hecho imputable al deudor, la exigencia de la liquidez deja de ser necesaria para la constitución en mora. Sobre esta cuestión puede verse DÍAZ PAIRO, *Introducción al derecho de obligaciones*, cit., pág. 140. PORACCO, *Le obbligazioni*, pág. 524.

(51) En otros ordenamientos se restringe la forma del requerimiento; el francés (ar. 1.139) sólo conoce la intimación u otro acto equivalente; el italiano (art. 1.219), la intimación o requerimiento hecho por escrito.

(52) *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones*, tomo III, 1959, pág. 150.

(53) ENNECKERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 259. CASTÁN, *Ob. cit.*, pág. 151. PÉREZ y ALGUER, *Notas*, cit., pág. 262. PUIG PEÑA, *Tratado*

poco debe, en nuestro Derecho, dudarse de la eficacia del requerimiento hecho por carta, siempre que la voluntad del acreedor quede precisada de manera cierta (54). La dificultad de la intimación extrajudicial radica en probar que se ha hecho la reclamación y ésta ha llegado a conocimiento del deudor; por ello, en la realidad, los requerimientos extrajudiciales se limitan casi a los realizados a través de Notario que, como documentos auténticos, suministran prueba fehaciente de la voluntad del acreedor (55).

B) *Intimación judicial*. La intimación judicial, realizada en virtud de demanda o de reconvencción, es la invitación más firme a cumplir. Pothier (56) decía que el deudor sólo se constituye en mora mediante interpelación judicial válidamente hecha. En nuestro Derecho anterior al Código era la judicial la única forma de requerir para constituir válidamente al deudor en mora. Es, indudablemente, la manifestación más seria y solemne de la puesta en mora, y no deja ningún camino al deudor de poder contar con la tolerancia del acreedor; en la forma judicial encuentra su más clara expresión la voluntad del acreedor de reclamar la prestación, pues en la demanda ha de fijarse con claridad y precisión lo que se pida (art. 524 de la LEC.). Pero existen dificultades sobre los efectos intimatorios que puedan producir las demandas nulas procesalmente y las demandas interpuestas ante juez incompetente. Scaevola (57) cree que si la demanda en que se reclama al deudor el cumplimiento de su obligación es nula por falta de solemnidades legales, produce la constitución en mora si aparece

---

de Derecho civil, cit., pág. 227. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, pág. 213.

(54) PUG PENA, *Tratado de Derecho civil*, cit., pág. 227. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual*, cit., pág. 213. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, cit., pág. 490. CIKRONI, *Ob. cit.*, pág. 801; estos últimos admiten el requerimiento hecho por carta a pesar de que el artículo 1.223 del Código de 1865 se refería a «intimación u otro acto equivalente». El telegrama será eficaz como requerimiento cuando de su contexto se desprenda inequívoca la exigencia.

(55) Como la reclamación extrajudicial no se reduce a una libertad de forma escrita, sino a una libertad de forma en general, no está excluida la interpelación verbal; lo mismo puede decirse de la intimación hecha por teléfono; en uno y otro caso sería un gran obstáculo la lucha contra las dificultades de la prueba.

(56) *Trattato delle obbligazioni*, trad. ital. Tomo I. Venezia, 1833, número 144.

(57) *Comentarios*, cit., pág. 458. Si el vicio que afecta a la demanda quita toda certeza de la voluntad seria del acreedor de ser pagado, tal demanda no pone en mora al deudor. Si se trata de un vicio que aun cuando haga inhábil la demanda para producir los efectos propios y especiales del acto preparatorio del juicio, pero que no deje lugar a dudas sobre la intolerancia del acreedor, la demanda nula será idónea para la constitución en mora (GIORGI, *Ob. cit.*, pág. 101). CIKRONI (*Ob. cit.*, pág. 709) dice que no deben confundirse los elementos que constituyen el acto equivalente a la intimación con los elementos necesarios para que la demanda judicial exista de una manera regular, ya que si las demandas procesalmente nulas manifiestan de modo indudable la voluntad del acreedor acerca del inmediato cumplimiento de la obligación son válidas para constituir en mora.

claramente la voluntad del acreedor de exigir el pago. Díaz Pairó distingue en la interpelación judicial la eficacia procesal de la demanda y su efecto sustantivo de colocar al deudor en mora; la demanda podrá ser procesalmente nula, defectuosa o improcedente, pero servirá, en su caso, como interpelación extrajudicial desde que conozca de ella el deudor, ya que aún en este caso se le hace saber por el acreedor la voluntad de pago (58).

En las legislaciones que sólo admiten el requerimiento judicial no hay problemas sobre la invalidez de la demanda procesal defectuosa. Tampoco debe haberlos en aquellas en que, como la nuestra, se reconoce valor tanto a la intimación judicial como a la extrajudicial; su validez no debe ofrecer dudas si distinguimos la ineficacia procesal de la demanda de los efectos extraprocesales derivados de la demanda nula. El requerimiento judicial nulo se convierte formalmente en requerimiento extrajudicial perfectamente válido (59); sólo está condicionado a que el contenido sea claro y concluyente y llegue a conocimiento del deudor. Si a tenor del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la demanda es nula por no fijar con precisión y claridad lo que se pide, valdría externamente como intimación extrajudicial, pero sería ineficaz por no reunir los requisitos sustanciales de la intimación. En cambio, si la nulidad de la demanda procede de otra circunstancia, valdrá externa e internamente como requerimiento extrajudicial, porque el demandado al proponer la excepción dilatoria de defecto legal de la demanda (art. 533, núm. 6 de la LEC.) aunque no esté obligado a contestarla conoce la petición contenida en el suplico de la misma. La constitución en mora no deriva de la demanda nula, sino del conocimiento que tuvo el deudor de su contenido, que es independiente de que se ajustara o no a las formas prescritas por la LEC.

Supuesto distinto es el de las demandas en que se solicite sólo

---

(58) *Ob. cit.*, pág. 114. Es seguido por PUIG PEÑA (*Ob. cit.*, pág. 228, nota número 18).

(59) En virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*. La demanda que no reúne los requisitos formales exigidos es totalmente nula, pero puede convertirse en interpelación extrajudicial válida. De ahí el que calificamos a este supuesto de conversión formal y no de nulidad parcial. Ambas figuras son diversas, si bien algunos las identifican (Cfr. JUNCO, *Bürgerliches Recht*, 1931, pág. 612). En la nulidad parcial lo útil es una parte válida del negocio, y lo inútil, una parte inválida del mismo negocio; en la conversión lo inútil está representado por el negocio en su totalidad, mientras que lo útil no es una parte válida del mismo negocio, sino otro negocio (conversión material), o el mismo negocio aunque con forma diferente (Cfr. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, 1959. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, págs. 425 y sigs. DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, pág. 139). De otro lado, la conversión pretende la nulidad total del negocio originario, mientras que la nulidad parcial presupone la invalidez de una sola parte del negocio; para dar lugar a la conversión se precisa que el negocio nulo contenga los requisitos de sustancia y de forma del negocio que va a sustituirle, mientras que nada de esto es necesario para que proceda la nulidad parcial.

la resolución y no el cumplimiento; la demanda de resolución nula no vale como acto extrajudicial de constitución en mora por imperativos del artículo 1.100, que sólo considera los requerimientos judiciales o extrajudiciales cuando se dirigen a obtener el cumplimiento de la obligación. Las demandas alternativas de cumplimiento o resolución son eficaces como requerimiento extrajudicial.

Si la demanda se interpone ante juez incompetente son aplicables las mismas soluciones, porque la LEC. somete esta situación al mismo tratamiento, excepción dilatoria (art. 533, nº. 1.º) que al defecto legal en el modo de proponer la demanda (60).

La demanda de conciliación es también suficiente en aquellos juicios declarativos que no estén exceptuados (art. 460 de la LEC.), siempre que no aparezca dudosa la voluntad del demandante, porque en las papeletas que presente expresará la pretensión que se deduzca (art. 465 de la LEC.) y el Secretario entregará una de las papeletas al demandado (art. 467 de la LEC.); en su celebración debe exponer el demandante su reclamación, y el demandado contestará lo que crea conveniente (art. 471 de la LEC.). El Tribunal Supremo ha considerado suficiente el acto de conciliación para la constitución en mora. En sentencia de 29 de mayo de 1957 declaró que no puede estimarse constitutivo de intimación el acto de conciliación en que sólo se pidió avenencia a practicar la liquidación. La misma dirección, interpretada también *a contrario*, aparece en la sentencia de 11 de febrero de 1949: no incurre en mora el demandado de conciliación cuando no se fundamentó el derecho que se pretendía ejercitar por los demandantes ni la obligación que se imponía a la sociedad demandada.

## VI. TIEMPO DE LA INTIMACIÓN

¿Cuándo debe el acreedor intimar al cumplimiento? Cuando ni las partes ni la ley hayan establecido un término para el cumplimiento de la prestación, el acreedor puede exigirla inmediatamente; ésta es la línea que, para las obligaciones puras, marca el artículo 1.113 del Código civil: serán exigibles desde luego. Es conocido que la redacción del artículo 1.113 presenta bastantes dificultades; ahora sólo nos fijaremos en el alcance de la expresión *desde luego*. Parece, a primera vista, que el deudor que no cumple inmediatamente después de vencida la obligación incurre en mora, mas esta solución no es cierta para la *mora ex persona*. Pensamos con Beltrán de Heredia (61), que la fórmula *exigible desde luego* del artículo 1.113 debe interpretarse en el sentido de que cuando la obligación no está provista de término inicial su

(60) Si la demanda no es admitida a trámite (así art. 1.537 de la LEC.) carecerá por sí de todo valor como acto constitutivo de la mora.

(61) *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 251-252.

cumplimiento puede hacerse desde luego por el deudor, y por su parte, el acreedor podrá también exigirla desde luego. Interpretación que se ajusta a los precedentes históricos españoles (Partida 3.ª, ley 13, título 14) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues declara que el hecho de señalar el plazo prudencial para que se cumpla la obligación, no implica desconocimiento de que la obligación de que se trata es exigible desde luego, ni altera su carácter de pura, templándose, de este modo, la rigidez de la letra de la ley con la permisión de un *tempus modicum* que facilite el cumplimiento (Cfr. entre otras muchas, las sentencias de 1 de marzo de 1930, 4 de febrero de 1911 y 22 de diciembre de 1908). En consecuencia, deben distinguirse dos momentos: el de la exigibilidad y el del cumplimiento. El acreedor puede, en cualquier instante, intimar al deudor, pero éste no se constituye en mora automáticamente con el requerimiento. Es incondicionada la validez de la interpelación hecha en las obligaciones puras, si bien no se incurre en mora inmediatamente sino cuando transcurra un plazo razonable, pudiendo así constar indubitada la voluntad del deudor de no querer cumplir en tiempo oportuno.

Es norma el indicar que si la obligación tiene señalado un término, no puede realizarse válidamente la intimación hasta que aquél se haya agotado. Pero debe plantearse el problema interesante de la posibilidad de que la intimación se emita antes del vencimiento de la obligación. ¿Es válido el requerimiento hecho antes del vencimiento? En Derecho romano (Digesto 22, 1, 32.) regía el principio de que el requerimiento debía hacerse *opportuno loco et tempore*, lo que, en orden al tiempo, significaba que no se podía invitar al deudor a pagar antes del vencimiento (62). Pero es distinta la intimación hecha antes del vencimiento que la intimación a pagar antes del vencimiento. Con la primera se invita a pagar, se requiere de pago antes del vencimiento de la obligación, pero sólo para que se cumpla una vez que la obligación sea vencida. Giorgiani (63) advierte que la intimación hecha anticipadamente puede considerarse favorable para el deudor en cuanto le pone en situación de predisponerle al cumplimiento, mientras que la intimación sucesiva al vencimiento le impone un cumplimiento inmediato de la obligación; en consecuencia, debe considerarse válida la intimación que precede al vencimiento. Ra-

(62) Muchos autores sostienen todavía esta tesis. VALVERDE (*Ob. cit.*, pág. 109), expone como requisito de la intimación el de que no sea reclamada antes del vencimiento, que no sea prematura. GIORGI (*Ob. cit.*, pág. 93) dice que un requisito sustancial de la intimación es que no se realice antes del tiempo fijado. Tampoco D'AVANZO (*Commentario al codice civile de D'AMELIO-FINZI, Libro delle obbligazioni, I, pág. 96*) admite la validez de la intimación emitida antes de tiempo. Lo mismo, MESSA, en «Enciclopedia giuridica italiana».

(63) DERNBURG (*Diritto de obbligazioni, cit.*, pág. 156, nota 6) y WINDSCHEID (*Pandette, cit.*, pág. 93) creen que es suficiente una intimación hecha antes del vencimiento para pagar cuando éste llegue.

vazzoni (64) también plantea el problema y afirma que en el caso de que con la intimación se pretenda la inmediata consecución de la prestación, estamos en el ámbito de las *plus petitio*. Si, por el contrario, la intimación es emitida *ante tempus* pero se dirige a obtener la prestación cuando haya vencido, no puede desconocerse que los efectos materiales de cooperación derivados de la intimación se producen casi del mismo modo: este aspecto, sin embargo, es insuficiente para sostener la validez de la intimación *ante tempus*, pues el deudor no queda vinculado efectivamente a tal requerimiento: una cosa es un requerimiento que se dirige a un sujeto que ya debe cuanto se le exige, y otra distinta el requerimiento dirigido a quien, deudor no vencido, todavía nada debe; en este caso no se trata de propio requerimiento sino más bien de recomendaciones, aclaraciones, invitaciones privadas de eficacia jurídica, por cuyo motivo no son atendibles las razones de equidad que, posiblemente, militan en favor de la plena validez de la intimación emitida antes de tiempo.

La precedente solución no parece ajustarse a los moldes de nuestro Código civil. El requerimiento no pierde siempre su eficacia porque se haga en fecha anterior a la del vencimiento si éste consta con certeza. Pero sobre todo es necesario tener en cuenta la naturaleza de la obligación.

A) *En las obligaciones a plazo* el acreedor no puede pretender el cumplimiento antes del vencimiento del término, salvo que esté establecido en su exclusivo beneficio, pues el artículo 1.125, párrafo 1.º, dice que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. El cumplimiento, pues, procede cuando el plazo ha vencido, pero con la intimación *ante tempus* no se pretende un cumplimiento inmediato, sino cuando la obligación sea exigible. El Código dice que cuando el día llegue serán exigibles, lo que no es obstáculo para eliminar la eficacia del requerimiento hecho antes de que la obligación sea exigible. A estas alturas hay que hacer una distinción dentro de las obligaciones a plazo para mejor exponer nuestro punto de vista.

a) *En el plazo suspensivo determinado* no vemos ningún inconveniente en admitir, antes del vencimiento, la plena eficacia de la intimación, pues no puede decirse que no deba el deudor nada, sino sólo que todavía no se puede exigir el cumplimiento de una obligación existente. Así tomamos partido con la llamada teoría de la actualidad, pues hay que reconocer con Beltrán de Heredia (65) que es la más aceptable; debe rechazarse la teoría de la pendencia, puesto que el acreedor, antes del vencimiento, tiene no sólo una expectativa sino que el derecho del acreedor existe en cuanto que es un elemento que pertenece a su patrimonio con toda segu-

(64) *Ob. cit.*, pág. 25.

(65) *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 260-264.

ridad. Lo único que ocurre es que su cumplimiento está aplazado, diferido, por no ser de ejecución instantánea; no es exigible. Pero la no exigibilidad actual no quiere decir no existencia actual del derecho; no es que no tenga exigibilidad, sino que está aplazada a una fecha cierta que no es de existencia sino de exigencia. El único límite es que el acreedor no puede dirigirse sobre el patrimonio del deudor para hacer efectivo su derecho, pero puede dirigirse al deudor anunciándole el inmediato vencimiento de la obligación e intimarle a la vez para su cumplimiento porque esta fecha necesariamente ha de llegar y se sabe además cuando llegará. El cumplimiento se exige sólo para cuando la obligación haya vencido, pero el requerimiento se puede emitir antes de que llegue la fecha, cierta, del vencimiento. En tal hipótesis la intimación sólo produce sus efectos cuando la prestación debe ser realizada. La exigibilidad está condicionada por el vencimiento, pero no el requerimiento, que sólo es una invitación clara y expresa al cumplimiento para cuando la obligación sea exigible.

b) Si el *plazo es indeterminado* la solución no puede ser la misma; en él no se sabe cuándo podrá ejercitarse el derecho aplazado, solamente que se ejercerá. La inmediatez entre requerimiento y cumplimiento no existe porque es incierto el momento del vencimiento de la obligación. Excepcionalmente, con independencia de que el plazo sea determinado o indeterminado, puede el acreedor no sólo requerir al deudor para el pago al tiempo del vencimiento, sino reclamar el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento. Son los supuestos en que la ley impone al deudor la pérdida del plazo y le obliga al cumplimiento anticipado: 1.º cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviera comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiere disminuído aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras (art. 1.129) (66).

c) Si en las anteriores especies de término es posible establecer tres estadios: cumplimiento, retraso en el cumplimiento e incumplimiento, no ocurre igual con el llamado *término esencial*, en donde sólo es admisible la contraposición cumplimiento-incumplimiento. En el término esencial, el retardo en el cumplir se eleva a la categoría de incumplimiento absoluto; no es imaginable la distinción entre incumplimiento y retardo en el cumplimiento, y es inútil el eventual cumplimiento posterior, con lo que el retraso culpable que no hace imposible el cumplimiento (*mora*) es

---

(66) Sobre el cumplimiento anticipado, BELTRÁN DE HEREDIA (*Ob. cit.*, págs. 273-288). Díez-PICAZO (*El pago anticipado*, en «Revista de Derecho mercantil», julio-septiembre 1959, págs. 37 y sigs), HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*, pág. 433 y sigs.).



valorado como incumplimiento; el cumplimiento posterior a la fecha fijada carece, por su propia naturaleza, de interés para el acreedor. En suma, en las obligaciones con término esencial en cuanto son ajenas a la idea de retardo cualificado, salvo renuncia al término por el acreedor cuando se estableciera en su beneficio, no podemos imaginarnos los actos previos a la constitución en mora (67).

B) En las obligaciones condicionales no es admisible un requerimiento anticipado, pues así como la fijación de un término determinado no afecta a la existencia del derecho, sino a su exigibilidad, el establecimiento de una condición suspensiva afecta al nacimiento, a la existencia. El negocio condicionado suspensivamente no atribuye ningún derecho, sólo reconoce al prestunto titular una expectativa, situación que diferencia el derecho condicional del derecho inexistente. Y aunque la intimación no precise que la posibilidad del acreedor para accionar a fin de obtener el cumplimiento sea inmediata, sí requiere la existencia del derecho, siquiera pueda estar aplazado; estas circunstancias no se cumplen en el negocio suspensivamente condicionado (68).

## VII. LUGAR DE LA INTIMACIÓN

También está condicionada la validez de la intimación en razón al lugar en que se realiza. Ya el Derecho romano sancionó este principio: *Mora fieri intelligitur... si interpellatus oportuno loco et tempore non solverit* (D. 22, 1, 32.). Al acreedor incumbe especificar en la intimación no sólo lo que reclama, sino también el lugar en que debe llevarse a cabo el cumplimiento. La intimación debe contener la invitación a pagar en el lugar legal o convencionalmente fijado para el pago, pues del mismo modo que no se realiza un cumplimiento exacto de la obligación si no se efectúa en el lugar debido, para que la intimación adquiera plena eficacia es preciso que se realice en el lugar convenido (69).

El lugar del requerimiento se identifica normalmente con el lugar en que la prestación debe ser cumplida, pero no es indis-

(67) Sobre los problemas que puede plantear el término esencial, véase GRAZIANI, *Il termine essenziale*, en «Archivio Giuridico», 1937, págs. 48 y sigs. NATOLI, *Il termine essenziale* (en «Rivista di Diritto commerciale», 1947, 1, págs. 221 y sigs.). NICOLÓ, *Termine essenziale e mora debendi* (en «Foro italiano», 1946, 1, págs. 931 y sigs.). VICENTE GELLA, *Término esencial* («Revista de Derecho mercantil», 1949, págs. 7 y sigs.) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Término esencial* (Comentario a sentencia de 24 de septiembre de 1954), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 3, págs. 937 y sigs.

(68) El Tribunal Supremo, siguiendo esta doctrina en sentencia de 15 de febrero de 1905, ha declarado que no puede existir mora en el cumplimiento de una obligación no exigible hasta que la condición no se realice, y al deudor constara, además, su realización.

(69) Cfr. RAVAZZONI, *Ob. cit.*, pág. 14, y WINDSCHEID, *Pandette*, cit., pág. 97.

pensable (70). Es irrelevante jurídicamente el lugar en que se encuentre el acreedor cuando emite la declaración de voluntad; sólo tiene trascendencia el lugar que, en la intimación, se fije para el cumplimiento. El lugar del requerimiento, dicen Pérez y Algüer (71), será el pactado para el cumplimiento de la obligación, y, en su defecto, el que resulte de aplicar la regla general del artículo 1.171 del Código civil, pero esto no excluye la eficacia de un requerimiento hecho en otro lugar con el fin de que llegue al deudor. Si se reclama el cumplimiento en un lugar en que el deudor no está obligado a prestar, la cuestión sobre la eficacia o no de tal interpelación se resolverá según las circunstancias: si es de presumir que aunque el contenido del requerimiento fuese en todos sus aspectos absolutamente correcto el deudor no hubiera prestado, incidirá también en mora (72). Por nuestra parte creemos que si se demanda el cumplimiento de la obligación en lugar distinto del pactado el deudor no incurre en mora aunque no atienda al contenido del requerimiento; las razones para sostenerlo se cifran en que el acreedor no sólo no ha de obstaculizar el cumplimiento, sino que cuando así lo exija la naturaleza de la obligación ha de cooperar al cumplimiento, desarrollando una actividad determinada, y el requerimiento sólo es eficaz si ejecuta en tiempo y lugar oportuno lo que a él le incumbe.

En virtud de la libertad de pacto que se establece para fijar el lugar del cumplimiento puede estipularse en el requerimiento que se pagará en el domicilio del acreedor (73). En ausencia de pacto habrá de estarse a la norma segunda del artículo 1.171; en defecto de determinación, y salvo la hipótesis de entrega de cosas específicas, la regla es que la obligación debe cumplirse en el domicilio del deudor. Como dice Beltrán de Heredia (74), ésta es regla general aunque parezca deducirse otra cosa de la redacción del artículo 1.171; tal regla presenta todas las características de un beneficio establecido en favor del deudor porque supone que ha de ser el acreedor quien vaya a aquel domicilio del

(70) Cfr. ENNECCERUS, *Ob. cit.*, pág. 260. WINDSCHILD, *Pandette*, cit. sostiene también que no se requiere que la interpelación acaezca en el lugar mismo de la prestación.

(71) Notas, cit., pág. 262.

(72) ENNECCERUS, *Ob. cit.*, pág. 259.

(73) En algunas legislaciones no hace falta la intimación (*mora ex re*), cuando tratándose de obligación a término fijo, se haya señalado su cumplimiento en el domicilio del acreedor (obligaciones llamadas *portabiles*) aplicándose, por tanto, el principio *dies interpellat pro homine*. A esta categoría de obligaciones pertenecen en realidad todas aquellas en que la colaboración del acreedor al cumplimiento se limita a la tarea meramente pasiva de recibir la prestación. En nuestro Código no está comprendido este supuesto en los casos de *mora ex re* que recoge el artículo 1.100 en sus números 1.º y 2.º, por lo que en las obligaciones que deban cumplirse en el domicilio del acreedor será también precisa la intimación para constituir en mora al deudor.

(74) *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 292.

deudor para requerirle de pago y, en definitiva, para cobrar; el requisito más importante para que pueda darse la mora del deudor debe ponerse también en relación con el lugar del cumplimiento, entendido como domicilio del deudor si no se ha establecido otra cosa. El deudor no tiene, pues, obligación de acudir al domicilio del acreedor ni a ningún otro sitio; si el acreedor no se presenta en el domicilio del deudor éste no incurre en mora aunque la intimación se haya realizado en momento oportuno, pues la mora comienza sólo cuando el acreedor se presenta en el domicilio del deudor y le requiere de pago (75). Sobre el acreedor gravitan determinados deberes, debe cumplir una actividad: trasladarse al domicilio del deudor e invitarle al cumplimiento como presupuesto de la constitución en mora. El acto material del acreedor de presentarse en el lugar convenido para recibir la prestación, da lugar a dos actos jurídicos distintos aunque contemporáneos por ser realizados a través del mismo acto material; uno es el acto del cumplimiento de una carga que pesa sobre el acreedor y cuya realización constituye un requisito necesario para que el deudor pueda cumplir la obligación, y otro es el acto de constitución en mora del deudor; como dice Rubino (76), la prueba de que se trata de dos actos jurídicamente distintos se deriva de estas consideraciones: que, en determinados casos, el acto del acreedor que va al lugar convenido cumpliendo su carga no es todavía un acto de constitución en mora; por ejemplo en el caso de que la obligación *querable* (aquellas en las que se señala para su cumplimiento el domicilio del deudor) sea sometida a término esencial, pues en ellas después de vencido el término no es necesario ningún acto de constitución en mora, pero precisan siempre que el acreedor vaya a recibir la prestación al lugar convenido; y, en segundo término, que existen casos excepcionales que en la obligación *querable* puede haber constitución en mora por requerimiento sin que el acreedor se presente en el lugar convenido a recibir la prestación. Si no directamente, sí de modo tangencial el Tribunal Supremo trató esta materia en la sentencia de 15 de febrero de 1905, pues «no es obstáculo a la existencia de la mora la circunstancia de no estar obligado el deudor en el domicilio del acreedor, porque la mora cuando se determina por declaración de la ley es independiente de aquella circunstancia». Hay que tener en cuenta que en este fallo se trataba de obligaciones recíprocas, en las que el Tribunal Supremo a tenor del último párrafo del artículo 1.100, advirtió un caso de *mora ex re*, ya que en ellas el mero cumplimiento de uno de los obligados determina la mora para el otro, no precisan de intimación. Por tanto, a *contra-*

(75) Cfr. DÍAZ PAIRÓ, *Ob. cit.*, pág. 82. BELTRÁN DE HEREDIA, *Ob. cit.*, pág. 294. MONTEL, *Problemi di vario diritto*, pág. 32. LONGO, *Ob. cit.*, pág. 317. RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, en «Revista di Diritto commerciale», 1947, 1, pág. 62.

(76) *Costituzione in mora*, cit., pág. 62, nota 2.

rio *sensu*, puede sostenerse que en las obligaciones que precisan del requerimiento es obstáculo para el nacimiento de la mora (cuando el pago ha de exigirse en el domicilio del deudor, que es el supuesto debatido) el hecho de que el acreedor no se presente en el lugar del cumplimiento.

También procede examinar aquí el significado de la expresión *domicilio del deudor*, porque puede ser equivalente a domicilio que tenía el deudor al constituirse la relación obligacional o a su domicilio en el momento de la ejecución. La doctrina cree que el requerimiento puede hacerse por el acreedor en el domicilio que tenga el deudor en el momento del cumplimiento, basándose en el criterio general que mueve al legislador de facilitar la liberación del deudor y que le lleva a señalar como lugar de pago ese domicilio cuando no ha habido designación por las partes (77). De otro lado, la dicción *domicilio del deudor* para efectos del requerimiento, no se hará coincidir con el concepto técnico de residencia habitual del artículo 40 del Código civil, porque en este significado tan amplio coincidirán el domicilio del acreedor y el del deudor en muchas ocasiones y no tendría sentido la distinción entre las obligaciones en que la colaboración del acreedor al cumplimiento se limita a la tarea meramente pasiva de recibir la prestación, y aquellas otras que para su cumplimiento le imponen el desarrollo de una actividad. Hay que acudir a un restringido concepto geográfico de domicilio: la intimación no basta con que se haga en la población en donde reside habitualmente el deudor, sino, dentro de esa localidad, en el espacio acotado en que desarrolla su vida: la morada (78).

#### VIII. COMIENZO DE LA MORA

La expresión del artículo 1.100 de que se incurre en mora desde que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación, no significa que la mora se produzca automáticamente con la interpe-lación. Sin embargo, a fuerza de interpretar el artículo 1.100 literalmente, la casi totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la mora comienza desde el requerimiento. A otra solución puede llegarse considerando el tipo de decla-

(77) DÍAZ PARÓ, *Ob. cit.*, pág. 84; pero la aplicación de este criterio no es incondicionada y debe eliminarse cuando el cambio de domicilio se haya hecho con malicia, o se ha llevado a otro lugar particularmente grave para el acreedor. Lo mismo, PUIG PEÑA (*Ob. cit.*, pág. 175, nota).

(78) En la interpretación del párrafo 260 del B. G. B. que fija como lugar de la prestación el domicilio del deudor, dice ENNECERUS (*Ob. cit.*, pág. 121, nota 5) que, en su tenor literal, designa el municipio como entidad política (localidad), dentro del cual vive el deudor, como lugar de la prestación, pero no dice nada sobre el *sitio* de la prestación; hay que considerar como lugar de la prestación el domicilio o el establecimiento del deudor dentro del municipio.

ración de voluntad constitutiva de la intimación; la hemos encuadrado entre las declaraciones de voluntad recepticias, por tanto, no basta con que la voluntad del acreedor se dirija a un destinatario, sino que precisa, además, para quedar válidamente formada llegar al conocimiento efectivo de aquél; el conocimiento, en cuanto elemento de la declaración recepticia, es condición de su eficacia, luego la intimación no provoca la constitución en mora desde su exteriorización a no ser que se trate de una manifestación de voluntad que sea percibida inmediatamente por el sujeto frente al que debe operar y en el mismo instante rehuse el cumplimiento (requerimiento verbal del acreedor al deudor). Pero las intimaciones escritas no producen efecto en tanto no hayan llegado al destinatario, y éste tome noticia de la misma, porque, como dice Betti (79), para las declaraciones recepticias la comunicación es elemento constitutivo del propio acto que, sin las mismas, no es relevante y ni siquiera concebible. En principio, pues, el giro *desde la intimación* del artículo 1.100 quiere decir desde que la intimación es conocida por la persona a quien se dirige; más tampoco es suficiente, porque el que se disponga a cumplir una vez conocida la intimación, no debe incurrir en mora desde el instante del conocimiento de su contenido. Luego, además de que la intimación llegue a conocimiento del deudor es preciso que rehuse el cumplimiento. Discurriendo de otro modo sería necesario afirmar que la intimación produce la mora del deudor en todos los casos: sea que obedezca el mandamiento en ella contenido o sea que lo rehuse; y es difícilmente imaginable el caso en que la recepción de la intimación y el cumplimiento se verifiquen al mismo tiempo, y de otro lado, si el acreedor pudiese con una simple declaración de voluntad poner en mora al deudor, pudiendo éste purgar la mora sólo inmediatamente después, no tendría ningún significado la intimación a cumplir (80). Widscheid escribe (81) que el deudor debe obedecer inmediatamente la interpelación, pero esto no significa que deba prestar en el mismo instante en que se le hace el requerimiento, sino que debe concedérsele cierto tiempo para cumplir. Y Rubino afirma (82) que si se constituyese en mora el deudor en el momento mismo de la intimación se le impediría irremediablemente toda posibilidad de cumplir. Con la intimación y después de ella viene todavía permitida al deudor la posibilidad de cumplir sin incurrir en mora; si manifiesta inmediatamente que no quiere cumplir la mora se habrá iniciado; pero tras la notificación de la interpelación el deudor puede cumplir íntegramente, y si el acreedor rehusa recibir el íntegro cumplimiento puede iniciarse la mora del acree-

---

(79) *Ob. cit.*, pág. 88, nota 8.

(80) RAVAZZONI, *La costituzione in mora*, cit., pág. 8.

(81) *Pandette*, cit., pág. 68.

(82) *Ob. cit.*, pág. 56.

dor, o puede comenzar el cumplimiento; pero si el principio de cumplimiento se cristaliza en un cumplimiento parcial, el acreedor tiene derecho a no recibir las prestaciones parcialmente (art. 1.169, párrafo 2.º del Código civil), y este rehusé del acreedor no engendra su mora y sí la del deudor. La manifestación simple del deudor de que cumplirá si no va acompañada de un comienzo de cumplimiento, no produce efecto alguno.

En la doctrina, con excepción de Manresa que interpreta el artículo 1.100 literalmente (83), no se acepta el criterio de la automaticidad de la constitución en mora, sino el del conocimiento del contenido de la intimación, que está virtualmente ligado al de la violación del contenido. Enneccerus (84) indica que, en determinadas circunstancias, tiene que otorgarse al deudor conforme a la buena fe y a los usos del tráfico, un tiempo prudencial para realizar la prestación. Puig Peña (85) dice que no empieza la mora hasta que, efectivamente, la declaración de voluntad llegue a conocimiento del acreedor. Y, en fin, Díaz Pairó (86) observa que la mora no se produce desde el momento del requerimiento, sino cuando el deudor conozca la voluntad del acreedor. En algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha tomado partido por esta tesis; así la sentencia de 15 de febrero de 1905 que sólo existe mora después del requerimiento, esto es, desde que el deudor tenga conocimiento por virtud del requerimiento de la cantidad que debe abonar. La más reciente de 2 de marzo de 1956 declara que en una obligación alternativa en que la elección corresponde al acreedor no puede decirse que el deudor haya incurrido en mora mientras no se haya producido la concentración y haya sido notificada fehacientemente al obligado.

A) En las *intimaciones judiciales*, ¿cuándo comienza la mora? Deben aplicarse los principios generales acabados de exponer; por tanto, cuando tenga el deudor demandado conocimiento de la reclamación hecha por el acreedor. Este principio no ha sido desarrollado con precisión por el Tribunal Supremo. En el Derecho anterior al Código no existía un criterio fijo, pues mientras unas veces parece requerirse para la imposición de responsabilidades por mora que se demande en juicio la cosa *e fuere el pleyto comensado por demanda e por respuesta* (Ley 4.ª, título III, Partida 5.ª), otras se sanciona la responsabilidad del deudor si la cosa pereciese «después del día que debiera ser dada» (Ley 18, título XI, Partida 5.ª). Después de la publicación del Código se han seguido por la jurisprudencia las siguientes orientaciones:

(83) *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, vol. I, 1950, pág. 126.

(84) *Derecho de obligaciones*, cit. pág. 260. GIORGI (*Ob. cit.*, pág. 105) advierte que el deudor se constituye en mora una vez que se le ha notificado la intimación y ha expirado el término fijado.

(85) *Tratado de Derecho civil*, cit., pág. 227.

(86) *Ob. cit.*, pág. 142.

a) La mora del deudor se produce desde la fecha de la interposición de la demanda, que está constituida por la presentación en el Juzgado y su admisión. Se hace así aplicación literal del párrafo primero del artículo 1.100: la mora comenzará desde el requerimiento, antes de que este llegue a ser conocido por el deudor demandado. Entre otras muchas podemos mencionar las siguientes sentencias: la de 6 de marzo de 1948, en cuanto afirma que la mora comienza con la interpelación judicial, esto es, desde la presentación de la demanda; la de 12 de diciembre de 1921, que declara que la mora se inicia desde la fecha de la interposición de la demanda, conforme al párrafo primero del artículo 1.100. Lo mismo, en esencia, el contenido de las sentencias de 21 de junio de 1947, 13 de diciembre de 1918, 16 de febrero de 1918 y 19 de noviembre de 1904.

b) La mora se inicia desde el emplazamiento del deudor demandado, conforme a lo dispuesto en el artículo 525 de la LEC. La sentencia de 4 de junio de 1943 acepta este criterio; más ajustado que el anterior, ya que con la notificación de la demanda el deudor conoce la voluntad del acreedor. Con carácter más general la sentencia de 13 de julio de 1904 afirma que no incurre en mora el obligado al pago de una cantidad, mientras no tenga conocimiento por el requerimiento judicial de la que debe abonar. Si se trata de juicios ejecutivos, en aplicación de esta doctrina habrá que tener en cuenta que la mora no comenzará desde que la demanda ejecutiva se presente con los documentos para entregarlos al deudor cuando se le cite de remate (art. 1.439 de la LEC.) porque el juez, tras el examen de los documentos, puede denegar la ejecución sin prestar nunca audiencia al demandado (artículo 1.440, párrafo 2.º de la LEC.) Se iniciará cuando el alguacil, provisto de un mandamiento, requiere de pago al deudor (artículo 1.442 de la LEC.)

c) Una antigua sentencia, de 12 de octubre de 1889 sostuvo que, para los efectos de la Ley de 14 de marzo de 1856, se entiende que un deudor de cantidad líquida exigible se constituye en mora desde la contestación de la demanda.

En los juicios declarativos que deban ir precedidos del acto de conciliación, puede éste señalar el comienzo de la mora siempre que se fundamentara suficientemente el derecho que se pretende ejercitar (S. 11-2-1949) y quede constancia firme de cuáles son las exigencias del acreedor. Así la sentencia de 4 de julio de 1925 expresa que no procede estimar que se incurrió en mora sino desde el acto de conciliación, fecha en que la tolerancia quedó terminada. Lo mismo la de 15-12-1950.

B) *Comienzo de la mora en las obligaciones recíprocas.* Puede dudarse si en ellas es precisa la intimación para la constitución en mora, o si, por el contrario, se trata de un caso más de *mora ex re*. El régimen de la mora para las obligaciones recíprocas

está también previsto en el artículo 1.100, cuyo último párrafo determina lo siguiente: En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurrirá en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple la obligación, empieza la mora para el otro.

Ya su situación dentro del artículo llama la atención; el párrafo primero del artículo 1.100 se dedica a la *mora ex persona*; el segundo, con dos párrafos numerados, a la *mora ex re*, en cuyo caso no es necesaria la intimación; el tercer párrafo del artículo 1.100, a la mora en las obligaciones recíprocas. Lo primero que ocurre preguntar es esto: ¿Esta última disposición es aplicable conjuntamente a la *mora ex persona* y a la *mora ex re*, o es un supuesto de *mora ex re*? La doctrina, en su mayor parte, considera esta hipótesis de las obligaciones recíprocas entre los casos excepcionales de constitución en mora sin requerimiento, comenzando para cada uno de los obligados desde el momento en que el otro cumple su prestación; a este resultado contribuye el último inciso del párrafo tercero del artículo 1.100: desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro (87). Esta interpretación es la que con más insistencia ha mantenido el Tribunal Supremo; la sentencia de 15 de febrero de 1905 declara que «...en términos generales sólo existe mora después del requerimiento, pero por tratarse de obligaciones recíprocas el mero cumplimiento de la obligación por parte de uno de los obligados determina la mora para el otro»; la de 22 de marzo de 1950 dice que «incumplido el compromiso por el actor no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora, porque a tenor del artículo 1.100 en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación». El mismo sentido en las sentencias de 21 de mayo de 1904, 9 de noviembre de 1944 y 2 de diciembre de 1892 (88).

No obstante, Díaz Pairó (89) se inclina a pensar que el Código sólo ha querido advertir que, en ciertas obligaciones, a pesar de la reclamación de pago o de concurrir las circunstancias que producen la *mora ex re*, no surgirá la mora, sino que será necesario algo más, esto es, el cumplimiento por parte del que interpela o de la otra parte, de la obligación que le incumbe y que se ha es-

(87) PÉLAGI PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, cit., pág. 22. CASTÁN, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 151. ESPÍN, *Manual*, cit., pág. 213. OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil (Obligaciones y contratos)*, 1956, pág. 136, entre otros muchos.

(88) Esta última sentencia, queriendo interpretar el artículo 1.100, párrafo último, conforme a su letra, lo ha hecho de forma esencialmente opuesta al exponer que «principia la mora en las obligaciones recíprocas desde que uno de los obligados *no cumple* lo que le incumbe»; no dice desde que uno cumple comienza la mora para el otro, sino cuando uno *no cumple* comienza la mora, pero no resuelve si ese incumplimiento ha de ir precedido o no de intimación a cumplir.

(89) *Introducción al Derecho de obligaciones*, cit., pág. 148.



tablecido en relación de reciprocidad a favor del interpelado o aparente moroso *ex re*. De modo que si el que reclama el cumplimiento no ha cumplido la obligación que le correspondía o no la ha cumplido debidamente, el otro obligado no puede incurrir en mora; para que la reclamación produzca su eficacia (cumplimiento o en su caso constitución en mora) el que la dirige debe haber cumplido su obligación recíproca; y de igual modo, para que puedan darse los supuestos de *mora ex re*, los obligados han de haber cumplido su obligación recíproca. La sentencia de 17 de octubre de 1924, refiriéndose a obligaciones recíprocas, hace necesaria la reclamación «...se incurre en mora desde la interpelación judicial cuando no se cumplen las obligaciones contraídas por una parte a pesar de cumplir la otra las recíprocas».

C) *Comienzo de la mora en las obligaciones a plazo*. Ya entre los romanistas era muy discutido si era precisa la intimación para constituir en mora al deudor de las obligaciones a plazo; según algunos el Derecho romano había consagrado el principio de que en las obligaciones a término no era necesario que el acreedor constituyera en mora al deudor, pues el solo vencimiento del término engendraba la mora conforme al principio de *dies interpellat pro homine* (90). Esta máxima fue acogida también por nuestra legislación de Partidas: la mora en las obligaciones a plazo tiene lugar llegado que sea el plazo y sin necesidad de interpelación judicial por parte del acreedor (Partida 5.<sup>a</sup> título II, leyes 14 y 35). Pero la opinión más generalizada es la contraria, conforme a la cual el solo vencimiento del plazo no basta para constituir en mora al deudor, sino que es necesario, lo mismo que en las obligaciones puras, el requerimiento. Este sistema fue el seguido por el Proyecto español de 1851, inspiró el antiguo Derecho francés (91) y al propio Código napoleónico (artículo 1.139) (92). El Código civil español no se pronuncia sobre el particular, pero debe afirmarse que es necesaria la intimación para la constitución en mora en las obligaciones a plazo. Como argumentos se exponen los siguientes:

a) Que, como dice De Diego (93) el término sólo difiere el

(90) Sobre esta famosa controversia puede verse ampliamente, WINDSOMM, *Pandette*, cit., pág. 93, nota 4; DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, cit., pág. 158-159, nota 14. y MESSA, *Mora*, en «Enciclopedia giuridica italiana», cit., pág. 389.

(91) POTHIER, *Ob. cit.*, número 144.

(92) Sin embargo, el principio *dies interpellat pro homine*, rige en muchos países: B. G. B., párrafo 284; Código suizo (art. 102), italiano (art. 1.219), entre otros. Sobre el principio, véase GORLA, *Sulla regola «dies interpellat pro homine» nelle obbligazioni querables*, en «Rivista di Diritto procesale civile», 1935, II, págs. 150 y siguientes; también VALSECCI, *Sul principio «dies interpellat pro homine»*, en «Rivista di Diritto commerciale», 1956, II, págs. 284 y sigs.

(93) *Curso elemental de Derecho civil*, tomo V, 1926, pág. 74. Aunque nada dice el Código, DE BURN (Notas, cit., pág. 125) observa que parece la

cumplimiento de la obligación; una vez llegado, la obligación es como si fuera pura, y, por tanto, debe someterse a sus reglas, necesitando interpelación para constituir en mora al deudor. Si bastase para este efecto la llegada del día, el término, de ordinario puesto en beneficio del deudor, le perjudicaría.

b) Que el Código civil no incluye entre los supuestos de *mora ex re* las obligaciones a plazo; sólo tendrán aquel carácter cuando se hubiese establecido expresamente en la obligación o la ley así lo declare. Únicamente para el caso previsto en el artículo 1.744 del Código civil (que es una aplicación del artículo 1.096, párrafo 3.º) se da acogida expresa al principio *dies interpellat pro homine*, pues si el comodatario conserva la cosa en su poder más tiempo que el pactado será responsable de su pérdida, aunque sobrevenga por caso fortuito. Además, el legislador, cuando lo creyó oportuno, ajustó los textos legales a la regla de *dies interpellat pro homine*, como en el artículo 63, número 1 del Código de comercio, que expone que en los contratos que tengan término señalado para su cumplimiento la mora comenzará al día siguiente de su vencimiento.

c) En materia civil ha declarado la jurisprudencia que la mora no está constituida por el vencimiento de la obligación, sino por el requerimiento del acreedor hecho en la forma que determina el artículo 1.100 (S. 13-12-1905); explícitamente la sentencia de 4 de enero de 1911 afirma que para que en las obligaciones a plazo se incurra en mora no basta el mero transcurso del período señalado al efecto, porque el artículo 1.100 parte del principio de la necesidad de interpelación.

---

solución más acertada considerar que el plazo no excluye la necesidad de la interpelación del deudor. Lo mismo PUIG PEÑA (*Tratado*, cit., pág. 230) y ESPÍN (*Manual*, cit., pág. 214).

## Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1960)

ANGEL RIESCO TERRERO

L.<sup>o</sup>) *Análisis histórico-doctrinal de los artículos 746 y 747 del Código civil español.*

El 24 de julio de 1889, en virtud de Real Decreto, aparece el Código civil en vigor hasta el presente, salvo ligeras modificaciones. En él los codificadores han recogido y vitalizado los principios generales de origen romano vigentes hasta entonces, para dejar a un lado todas aquellas normas particulares que carecían ya de aplicación en el ámbito nacional. La nueva codificación no rompe de una manera brusca con la tradición legislativa anterior; más bien que crear el Derecho, diríamos que unifica esos derechos y legislaciones anteriores que llegaron a esa época en pleno vigor y representan el «substrato legal» que vemos por primera vez en el Puerto Juzgo, y que aparece ahora modificado por el tiempo.

El estudio completo sobre herencias y legados píos en el Código vigente requiere un análisis previo de varios capítulos del mismo, diseminados por los tres primeros libros, cuyos títulos son los siguientes: a) De las personas; b) De los bienes, de la propiedad; c) De los modos de adquirir la propiedad.

El Libro I del Código civil que lleva como título *De las personas*, en título II, capítulos 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>, comienza por distinguir entre personas naturales o individuales (art. 29), y personas sociales, colectivas o jurídicas. En nuestro Código, no sólo existe el hombre individual, la *natura rationalis individua substantiā*; existen también otras personas con capacidad jurídica, con derechos y obligaciones, los cuales vienen a satisfacer una serie de necesidades que las individuales no pueden cumplir. Estas personas colectivas, jurídicas (art. 35), comúnmente denominadas «morales», por ser la moralidad el principio que debe informarlas y la bondad del fin la razón de su existencia, nacen desde el momento mismo que hay necesidad de cumplir un fin y éste no puede ser del todo satisfecho y realizado por el hombre mismo. En el artículo 28 se nos dice que el nacimiento señala el origen de la personalidad.

Don Calixto Valverde y Valverde en su obra: *Tratado de*

*Derecho civil español* (1), en el volumen correspondiente al I libro del Código y el capítulo *Sujeto de derecho*, afirma: «La persona colectiva no es un producto del derecho, sino un ser real a la que la ley ha de dar el cauce jurídico debido. Otra cosa es, añade el autor citado, la capacidad jurídica de las personas morales, pues se observa en los legisladores, que no tienen reparo en dar una capacidad integral a las sociedades de fines exclusivamente lucrativos (sociedades civiles, mercantiles); suelen por temor a la «mano muerta» restringirla a las corporaciones y fundaciones y llega el Estado a ejercer un control más severo en éstas que en aquéllas».

El artículo 35 más que dar un concepto de persona jurídica hace una enumeración de ellas, determinando los requisitos para ser tales ante el derecho positivo. Las asociaciones, corporaciones o fundaciones, para ser personas, requieren: 1.º ser de interés público, y 2.º estar reconocidas por la Ley. La personalidad jurídica (art. 35) comienza desde el insigne mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, es decir, desde el momento mismo en que hubiesen sido reconocidas por la Ley.

Manresa, en su comentario al artículo 35, emplea términos similares para terminar con estas palabras «Están reconocidas por las leyes, desde luego, las que se propongan un objeto benéfico, piadoso o educativo» (2).

El reconocimiento que el Estado hace de las personas jurídicas eleva a éstas a la condición de sujetos de derecho. Sin embargo, la capacidad de sus derechos no puede ser en ciertos aspectos tan extensa como la de las personas naturales, ya que su misma naturaleza le impone algunas limitaciones. En el artículo 37, con un criterio bastante amplio, se les concede a las personas jurídicas una capacidad civil extensa que se regulará por las leyes, estatutos o reglas de su institución debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuera necesario.

«Las personas jurídicas —dice el artículo 38 del Código civil— pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de la constitución.» El Código civil español, en su artículo 38, concede a las personas jurídicas, corporaciones, asociaciones y fundaciones reconocidas, la facultad para adquirir y poseer todos los bienes sin distinción, pero no de un modo absoluto, sino conforme a las leyes y reglas de constitución.

(1) VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil*, ed. 4, Valladolid, 1935, t. 1, págs. 219 y sigs.

(2) MANRESA, J., *Comentarios al Código civil español* ed. 4, Madrid, 1924, t. I, págs. 208 y sigs.

En la segunda parte del artículo que comentamos —nuestro Código— prescinde de las fundaciones, para ocuparse de la Iglesia y de los establecimientos benéficos en su doble aspecto: 1) beneficencia propiamente dicha y 2) instrucción.

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades y los establecimientos de instrucción y beneficencia, por las leyes especiales vigentes o bien por las reglas de su constitución.

Nós hallamos ante un principio básico, establecido por el Código, en el que se da mayor amplitud en la capacidad de las personas jurídicas, y sobre todo, con respecto a la Iglesia, se modifica el estado de derecho anterior, poniendo en todo vigor lo convenido y acordado entre ambas potestades (3).

La Iglesia tuvo en la legislación española capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes y, por tanto gozó de la consideración de persona jurídica hasta el 1820, fecha en que se la negó por ley general, de modo expreso, esta capacidad, y se la consideró mano muerta.

El Fuero Juzgo (años 654-681), en el libro 5, título 1, ley 1, trata: *De las cosas que son dadas a la Iglesia*. En la cláusula final de la ley 1 dice: «...E, por ende, establescemos que todas las cosas, que fueren dadas a las eglecias, ó por los príncipes, ó por los otros fieles de Dios, que sean siempre firmadas en su iuro de la eglecia».

El libro 4, título 2, ley 12 del Código visigótico, distingue claramente a los clérigos, monjas..., etc., de las demás personas que no pertenecen a alguna Orden o Religión, e impone a «los clérigos é los monges, é las monias que non an herede fasta séptimo grado, é non mandan nada de sus cosas, la eglecia a quien sirven lo deve aver todo».

Los Fueros municipales, Fuero viejo de Castilla, Fuero real, Partidas... hasta la Novísima Recopilación, nos van transmitiendo, con diversas modalidades, la legislación sobre mandas, donaciones, legados..., etc., que siglos antes vemos ya en vigor en los Códigos de Teodosio, Justiniano, Eurico y Fuero Juzgo.

Nuestro Código civil recoge, en su artículo 38, la legislación anterior, reconociendo a la Iglesia la plena capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, y confirmando el estado de derecho creado por los Concordatos y Convenios concordados.

La historia demuestra las diversas alternativas por las que ha pasado ese principio general de capacidad jurídica de la Iglesia y fundaciones. Baste recordar la Ley de 1 de mayo de 1855 en sus artículos 25 y siguientes, que no respetó lo concordado el año 1851, declarando en estado de venta todos los bienes y derechos reales,

---

(3) MUCIUS SCAEVOLO, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, ed. 5, Madrid 1912, t. I, pág. 462. Comentario al art. 38 C. c. español.

negando capacidad para poseer y adquirir inmuebles, no sólo a la Iglesia sino también a las llamadas «manos muertas» (4).

Por el Convenio entre la Santa Sede y el Gobierno español de 1859, se reconoce de nuevo el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación, toda especie de bienes adquiridos con posterioridad a dicho Convenio, como lo ha interpretado la Dirección de Registros, en Resolución de 16 de febrero de 1883 (5).

Pérez Mier (6), en su obra *Iglesia y Estado Nuevo*, en el capítulo X: «Personalidad jurídico-económica de la Iglesia», hace un estudio sobre la desamortización eclesiástica, señalando las fechas en que los bienes de la Iglesia y su propia capacidad le fueron arrebatadas.

Uno de los últimos Reales Decretos anterior al Código y referentes a los 'establecimientos' benéficos, data de 27 de abril de 1875; con igual fecha aparece una Instrucción, reconociéndose en ambos la facultad para adquirir bienes inmuebles, principalmente por título gratuito (7).

La realidad ha demostrado que no se cumplieron los Concordatos de 1737, 1851 y Convenio de 1859.

Con la publicación del Código queda sancionada la capacidad jurídica de la Iglesia y, en general, de las personas morales, reconociendo a éstas capacidad para poseer y adquirir, legislando al propio tiempo, que la Iglesia en esta materia se regirá por lo concordado entre ambas potestades. El último Concordato anterior al Código de 1889, es el de 1851, que en sus artículos 31, 33, 40 y siguientes, reconoce ampliamente esta capacidad y legisla sobre herencias y legados piadosos (8).

El artículo 746 además de completar todo lo referente a la capacidad jurídica de la Iglesia, aclara el contenido del artículo 38, al decir: «Las iglesias, cabildos eclesiásticos, diputaciones, etcétera..., establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38.»

De todo lo dicho hasta aquí se deduce claramente que la Iglesia y en general las fundaciones, personas jurídicas..., etc., vienen reconocidas por el Código civil vigente con capacidad para recibir, adquirir y poseer toda clase de bienes y, por consiguiente, la ley reconoce como válidos los legados, herencias y donaciones que se les hagan (9). Cabe, sin embargo, hacerse esta pregunta:

- 
- (4) MASSA SANGUINETI, C., *Dicc. Jur. Adm.*, t. 2, Madrid 1860, col. 134.  
 (5) MERCATI, A., *Raccolta di Concordati*, ed. nuova, Romae 1954, t. I., págs. 920 y sigs. CASTÁN TOBEÑAS, J. O. c., t. I, vol. II págs. 341 y sigs.  
 (6) PÉREZ MIER, L., *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid 1940, pág. 365.  
 (7) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Dicc. de la Admon. Esp.*, t. 2, pág. 615.  
 (8) MERCATI, A., O. c., t. I, págs. 770 y sigs.  
 (9) Sobre herencias Manuel ALBALADEJO, Catedrático de la Universidad

¿en nuestra legislación civil española, se establece y legisla sobre las instituciones o legados en favor del alma? El problema se plantea precisamente en torno al artículo 747 por el que se faculta al testador para disponer «de todo o parte de sus bienes, para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma».

Con parecido problema, por no decir el mismo, se encontró Justiniano al querer legalizar las donaciones hechas a Dios y a los Santos. El atribuir a Dios donaciones, herencias, etc., se inspira en motivos de piedad, pero jurídicamente carentes de valor. Por mucho que nos esforcemos, si hablamos con propiedad de estas herencias e instituciones en favor de Dios, diremos que las hacemos en virtud del derecho de propiedad que El tiene, por ser soberano y dueño del mundo. Esta opinión o postura no explica cómo Dios y los Santos son capaces de obligaciones paralelas a los derechos que ellos adquieren. Siendo la persona «sujeto de derechos y obligaciones», difícilmente se comprende que Dios tenga obligaciones y, por consiguiente, que pueda considerarse o ponerse como heredero. Justiniano (10) resuelve esta dificultad, presumiendo que estas donaciones o legados píos se hacen en favor de la Iglesia del lugar donde se realizó el testamento que instituye a Cristo por heredero. En definitiva —añade— cada iglesia tiene un representante humano, susceptible de obligarse en su nombre. La mente de la Iglesia, manifestada a través de las Sagradas Congregaciones y decisiones rotales, supone: que las donaciones hechas a Dios o a los Santos deben interpretarse como hechas en honor de Dios.

Si en nuestra legislación se afirma que sólo la persona, el hombre, es sujeto de derechos y obligaciones y no se habla más que de la persona física, natural, singular, y de la persona jurídica, tenemos ante nosotros el grave problema, cuyo interrogante sería: ¿el alma es sujeto de derechos y obligaciones, y, por consiguiente, persona con capacidad jurídica para heredar y contraer obligaciones?

Se impone un análisis minucioso del artículo 747 del Código civil.

El testador se presenta en la Notaría perfectamente orientado del destino que quiere dar a sus bienes; ignora, sin embargo, el cauce jurídico que debe dar a su voluntad a fin de que encuentren plena satisfacción sus deseos. Al notario corresponde configurar y modelar, con arquitectura adecuada, el armazón jurídico que armonice los aspectos civil, fiscal y procesal (11).

Las aspiraciones piadosas y benéficas de los testadores se abren

de Oviedo, publicó un magnífico trabajo: *La adquisición de herencia en el Derecho español*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 8 (1955), 1-30.

(10) CJ. 1.2.26.

(11) ROYO MARÍN, J., *Disposiciones testamentarias con fines piadosos y benéficos*. «Curso de conferencias 1951 del Colegio Notarial de Valencia», págs. 40 y sigs.

camino bien por *vía directa*, es decir, disponiendo directamente de los bienes en favor de establecimientos de beneficencia o instrucción, fundados o por fundar y sin invocar el favor del alma; o bien por *vía indirecta*, es decir, instituyendo e invocando en favor del alma del testador aquellos bienes que han de invertirse para sufragio y obras pías.

Caben, sin embargo, otros dos tipos de testamentos píos: *testamento abstracto* hecho en favor del alma para sufragios y obras pías pero *indeterminadamente*, sin especificar las entidades pías o benéficas que deben percibir los bienes, *testamento concreto* cuando se especifican las entidades pías y benéficas que deben percibir los bienes.

Es preciso hacer una determinación concreta de las obras pías y benéficas a las que deben aplicarse los bienes, si no se quiere contrariar la voluntad clara y manifiesta del testador. La indeterminación está regulada por la Ley, que exige la entrega de la mitad de los bienes al Diocesano (Obispo) para sufragios, atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil para los establecimientos benéficos (art. 747 Cód. civil).

En nuestro Código civil está previsto el caso del testador que encomienda a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas v. gr., a los pobres, a los establecimientos de beneficencia, etc. (art. 671); también están previstas las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de persona ni población (art. 749); y la disposición que impone al heredero la obligación de intervenir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes, o bien en favor de los pobres, o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción (artículo 788).

Todos estos artículos regulan casos concretos y especialísimos, pero queda sin resolver el caso en que se especifican las entidades pías y benéficas que deben percibir los bienes, cosa muy frecuente en las herencias de alguna importancia. El artículo 747 dispone que cuando se dejan todos o parte de los bienes para sufragios, y obras pías benéficas en favor del alma, pero indeterminadamente, es decir, sin especificar las entidades pías o benéficas que deben percibir los bienes, los albaceas venderán los bienes y como ejecutores de la voluntad del causante, entregarán la mitad al Diocesano y la otra mitad al Gobernador.

Aunque en sentido estricto sólo son albaceas los designados por el testador, en sentido amplio se distinguen tres especies de albaceas: testamentarios, legítimos y dativos. Si no se hubiese designado albacea en el testamento, entrará en juego el albacea legítimo, cargo que según se infiere del artículo 911 del Código civil corresponde a los herederos; y en último término, entraría en juego el albacea dativo nombrado por el Juez, por analogía con lo



dispuesto en el artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado por la doctrina y jurisprudencia a la sucesión testada.

A juicio del señor Royo Marín cuando se especifican las entidades piadosas y benéficas que deben percibir los bienes: «el artículo 747 omite lo que hay que hacer y por lo tanto deberá el notario preocuparse de nombrar un ejecutor y de conferirle la facultades precisas en cada caso concreto, a no ser que por la sencillez del caso no sea precisa especialidad alguna. Nosotros entendemos —continúa el citado autor— que es más sencillo y categórico, y además, más ajustado a la Ley, entender, como hemos dicho, que la disposición es «indeterminada o genérica» y le es aplicable, por lo tanto, la técnica del artículo 747, cuando no se especifican las entidades piadosas y benéficas que deben percibir los bienes, y «específica» en los demás casos en los que por no aplicarse las normas supletorias del artículo 747, excluidas por su propio texto literal, debe extremarse la previsión del Notario, sirviéndose v. gr., del heredero fiduciario, del propio heredero, del administrador hereditario, y como fórmula preferible, del propio albacea.

Del artículo 747 se desprende que para una redacción adecuada de estas cláusulas es imprescindible perfilar bien tres ideas básicas, de las cuales fluyen fácilmente todas las demás en cada caso concreto, a saber: expresión de que la institución se hace en favor del alma; determinación concreta de las obras piadosas y benéficas a las que deben aplicarse los bienes, y designación de un ejecutor con facultades viables» (12).

Por sentencia 31 de mayo de 1928 el Tribunal Supremo declara que los artículos 747, 749 y 751 del Código civil han procurado subsanar las deficiencias del testador (13).

«Por consiguiente —escribe Bas y Rivas—, parece que las normas que señalan los preceptos que hemos citado hay que considerarlas como excepciones al principio que consagra el artículo 750 al ordenar que toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta. Es decir, que al amparo de estas excepciones y de la circunstancia de que la institución de heredero haya dejado de ser una solemnidad interna para la validez del testamento, de la misma forma que los artículos 671 y 749 de nuestro Código civil permiten hablar en nuestro derecho de «Herencias a favor de los pobres o de los Establecimientos de Beneficencia», el artículo 747 también permite hablar de «Herencias en favor del alma», no sólo del alma del testador, como insinúa la norma, sino de cualquiera, como vienen reconociendo los Tribunales» (14).

(12) ROYO MARÍN, J., *Conferencia citada*, págs. 60, 66, 68.

(13) *Jurisprudencia Civil*, t. 183 (1930), pág. 1.037 y ss., núm. 147.

(14) BAS Y RIVAS, F., *Las disposiciones benéficas y religiosas a través del impuesto de Derechos reales*, «Revista de Derecho Español y Americano», año II, núm. 7 (1957), pág. 26 y sigs.

Scaevola y Sánchez Román creen que la solución de la «especificación» es problema difícil y entienden que desde el momento en que se indica el sitio donde han de celebrarse los sufragios, la persona a cuyo cargo han de correr, los días a que correspondan, todo, en fin, lo que supone referencias a una aplicación fija, o mejor dicho a una realización determinada e invariable del legado, implica «especificación bastante, y por lo tanto no es aplicable al artículo 747, sino los artículos 845, 906, o los que correspondan, según su naturaleza de instituciones condicionales o modales (15).

A mi modo de ver y discordando con el señor Manresa en su comentario al artículo 747 C. c. (16), el Código aquí no hace sino recoger la antiquísima legislación española en vigor desde el Fuero Juzgo, y sobre todo, la práctica corrientísima del pueblo que dejaba en sus testamentos parte de sus bienes para sufragios, y en último término para bien de su alma. Para comprobar esta afirmación, me limito a citar algunos lugares en los cuales se habla expresamente de donaciones, mandas, legados, hechos en favor del alma: Fuero de Salamanca §§ 31 y 304, Fuero de Brihuega § 212, Fuero de Molina, Fuero de Ledesma § 7, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Ley 1, título 5, libr. 1, Nov. Recop. Ley I, tít. 5, libr. 5, Partida 6, Ley 17, tít. 1, Leyes 6 y 32 de Toro, Novis. Recop. tít. 20, libr. 10, etc., etc. (17). En todos estos textos y otros muchos que no hace falta traer para probar mi aserto, el título y la letra nos habla de «herencias, legados, donaciones en favor del alma».

A pesar de esto el señor Manresa en el comentario al artículo 747 (Comentarios al Código civil, tomo VI, pág. 22), dice: «*Es un artículo sin precedente en nuestra legislación, pues no pueden ser considerados como tales precedentes ni las especiales prescripciones relativas a las mandas forzosas, que como es sabido se referían a una escasa parte de la herencia, teniendo lugar en todas las sucesiones, ni la Real Cédula de 30 de mayo de 1830, confirmatoria de la del 13 de febrero de 1787, y ley 15, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación*». Y a continuación dice: «*Pero si bien no por Ley, por la costumbre fue introducida y extendida la disposición especial, instituyendo por heredera o legataria al alma del testador, desde que por consecuencia de la re-*

(15) MUCIUS SCAEVOLO, Q., O. c., t. XIII, pág. 275 y sigs. SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho civil*, ed. 2, Madrid 1910, t. VI, pág. 245.

(16) MANRESA, J., O. c., t. VI, pág. 21.

(17) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos de España.—Fueros Leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, ed. Castro y Onís.—*Libro de los Fueros de Castilla*, ed. Galo Sánchez, Barcelona 1924.—*Los Fueros de Sepúlveda*, ed. Sáenz, E. GIBERT, R. ALVAR, M., Segovia 1953, pág. 86.—*Fuero de Ayala*, ed. DE URIARTE LEBARIO, I., Madrid 1912, pág. 197.—*Fuero de Usagre*, ed. De Ureña, R. BONILLA y SAN MARTÍN, A., Madrid 1907, pág. 29.

forma llevada a cabo por el Ordenamiento de Alcalá no fue precisa la institución de heredero.

La simple lectura del comentario que el autor citado hace en torno al artículo 747 es contradictoria, pues, por un lado, dice: que este artículo o Ley *no tiene precedentes en nuestra legislación*; después, admite que *estuvo en práctica y la costumbre se hizo ley* cristalizando en el Ordenamiento de Alcalá, y finalmente, él mismo rechaza los textos legales que aducía en su favor, y en los que no ve precedentes de esta legislación al decir: «Algunos han creído que en virtud de la Real Cédula de 30 de mayo de 1830, antes citada, habían quedado prohibidas esas instituciones a favor del alma, pero dicha disposición sólo se limitó a prohibir que el confesor del testador fuera legatario, o mejor ejecutor, únicamente de las obras pías ordenadas por el testador y por lo tanto, no debe ampliarse su precepto a otros casos distintos de los expresamente indicados en el mismo».

Termina el señor Manresa con dos argumentos en contra del principio que él sentó: 1.º) «el uso y modo corrientísimo de proceder el Tribunal Supremo en diversas sentencias, v. gr., 15 de marzo y 18 de junio de 1864, 24 de diciembre de 1866 y otras que después aduciremos, sancionando y admitiendo la doctrina y costumbre de dejar como heredera de los bienes propios al alma». 2.º) «Existe algún precedente en cuanto a las personas llamadas a hacer la distribución de los bienes a falta de albaceas en las instituciones a favor del alma del testador; podría encontrarse en Ley 5.ª tít. 10, de la Partida 6, que ordena se entregue al Diocesano cualquiera cantidad que el testador hubiere aplicado en sufragio de su alma, para redención de cautivos. Igualmente en Ley 7.ª, del mismo tít. 10, y Partida 6».

Bastaría tener presentes dos sentencias del Tribunal Supremo, ambas del 2 de mayo de 1893, para demostrar que no es nueva la concesión de herencias en favor del alma. Una y otra se encuentran en la Colección General de Jurisprudencia (18). En ellas se da por supuesto la validez de institución de heredero hecha a favor del alma del testador y se añade: «Que según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, la voluntad del testador es la suprema ley en materia de sucesiones en cuanto no se oponga a la moral y al derecho y válida la institución de herederos hecha a favor del alma del testador» (19).

El Catedrático de historia del Derecho, don José Maldonado, en su documentada obra *Herencias en favor del alma en el Dere-*

(18) *Jurisprudencia Civil*, t. 73 (1893), 804 y 810, núms. 196, 197.

(19) Por sentencia 15 marzo de 1862, se declara que: «Cuando se instituye por heredera al alma del testador no falta heredero ni queda, por consiguiente, sin efecto la institución».—«*Jurisprudencia Civil*», t. 9 (1864), 202, núm. 75.

La «R. G. L. J.» 155 (1929), 713, núm. 229, hace un comentario a distintas sentencias en que aparece el alma como heredera.

cho Español, en el capítulo V: *Herencias y legados en favor del alma en el Derecho actual* (20), se plantea el mismo problema que venimos analizando sobre las instituciones en favor del alma en el Código civil y en concreto en el artículo 747. Dice así: «El Código civil español no presenta una afirmación, ni una negación expresa, de la posibilidad. No contiene un artículo que pronuncie la nulidad de la institución a nombre del alma, ni previene tampoco expresamente su validez. La validez de la institución de heredero a favor del alma, si no está expresamente formulada en el Código civil, se encuentra admitida de modo taxativo y concreto en la jurisprudencia posterior al mismo, que viene a seguir así la trayectoria iniciada por el Tribunal Supremo antes de su promulgación».

A continuación recogemos varias sentencias del Tribunal Supremo, tomadas de la Jurisprudencia Civil (Colección completa de Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo).

Por sentencia de 17 de noviembre de 1896 se resuelve un caso en que todavía era aplicable el Derecho anterior al Código civil: «Se trata de un testamento en el que la testadora instituyó a su alma por única heredera de cuantos bienes, derechos, etc., quedasen después de pagar las mandas y legados, disponiendo se haga la adjudicación a otra persona como heredero fiduciario para que se encargare de dar a dichos bienes la aplicación oportuna en favor del alma». La sentencia reconoce expresamente el carácter de única heredera por la parte del alma y la calificación de heredero fiduciario para la persona interpuesta (21).

Por sentencia de 21 de marzo de 1902 (confirmatoria de la de 17 de noviembre de 1896) se declara: «el artículo 747 del Código civil determina el modo de hacerse efectiva la voluntad del causante cuando el testador instituye a su alma por heredera o legataria indeterminadamente» (22).

El 25 de febrero de 1911 se presenta un testamento otorgado el 19 de septiembre de 1902 redactado en los siguientes términos: «Del remanente de mis bienes, derechos y acciones presentes y futuros, instituyo y nombro por única y universal heredera a mi alma». El Tribunal Supremo mantiene la validez del testamento y concluye: «Se trata de una institución de heredero a favor del alma» (23).

En el volumen correspondiente al año 1929 de esta misma Colección de Legislación y Jurisprudencia por sentencia 6 de abril de 1927 se afirma: «La constitución de heredero en favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables al caso en este pleito, no lo está en el Código

(20) MALDONADO, J., *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid 1944, págs. 202-205 y sigs.

(21) *Jurisprudencia Civil*, t. 80 (1897), págs. 558 y sigs., núm. 144.

(22) *Jurisprudencia Civil*, t. 93 (1902), págs. 469 y sigs., núm. 85.

(23) *Jurisprudencia Civil*, t. 120 (1912), págs. 504 y sigs., núm. 84.

civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido siempre por la Jurisprudencia la validez de tal institución» (24).

Igualmente en Revista de Derecho privado y sentencia de 13 de octubre de 1934 (25) se concede «facultad de disponer a los testadores de todos o parte de sus bienes en sufragios, obras pías, en beneficio del alma. Esto no sólo no está prohibido por la ley, sino por el contrario está regulado, en el artículo 747 del Código civil, el ejercicio de este derecho».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y diversos Acuerdos del T. E. A. C., que a continuación citamos, garantizan una vez más la validez de una vieja y arraigada costumbre española, que instituye como heredera o legataria, de modo expreso o tácito, el alma del testador, y afirma, que como se expresa claramente en la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1927 la institución de herederos a favor del alma del testador no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes, ni lo está en el Código civil que lo autoriza en el artículo 747, habiéndose reconocido siempre (por la jurisprudencia) tal institución (26).

En la sentencia 3 de marzo de 1942 (27), Resolución del Tribunal Económico-Administrativo de 4 de marzo de 1947 (28), Acuerdo Econ.-Adm. de 29 de abril de 1952 (29), Sentencia 22 de enero de 1957 (30), Acuerdo del T. E. A. C. de 19 de enero de 1960 (31), etc., aparece la institución del alma como heredera o legataria.

En los testamentos de nuestro tiempo ha desaparecido casi por completo la cláusula «pro anima». La tendencia actual, observada por jueces y notarios, aconseja la institución de fundaciones con carácter pío-benéfico, de patronato, capellanía..., etc. De esta forma, se evitan toda clase de dificultades en orden a la inscripción, en el Registro de la Propiedad, de los bienes dejados en favor del alma, y se consiguen los fines pretendidos por el testador, es decir, favorecerse espiritualmente mediante unas rentas que se destinan a obras pías (32).

Concluimos, pues, de acuerdo con don José Maldonado: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido, pues, la línea comenzada en los tiempos anteriores a la vigencia del Código, y ha mantenido la validez de instituir el alma como heredera, si

(24) *Jurisprudencia Civil*, t. 174 (1929), pág. 672 y sigs., núm. 125.

(25) *Jurisprudencia Civil*, t. 215 (1935), pág. 174 y sigs., núm. 53.

(26) R. D. P., t. 31 (1947), 767-771.—R. G. L. J., t. 155 (1929), 713.

(27) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. 9 (1942), núm. 487.

(28) R. D. P., t. 31 (1947), 769-771.

(29) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. 19 (1952), núm. 981.

(30) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. 24 (1957), núm. 527.

(31) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. 30 (1960), núm. 506.

(32) *Jurisprudencia Civil, Nueva Serie*, t. 43 (julio-septiembre 1953), Madrid 1956, págs. 13-26.

bien en el último de los fallos consignados se atiende más a la letra del artículo 747».

Otro argumento no menos valioso, que confirma la validez de los actos de disposición testamentaria en favor del alma del testador, se desprende de las resoluciones de la Dirección General de los Registros. En todas ellas ha seguido la misma norma y dirección que el Tribunal Supremo.

Todas las resoluciones de la Dirección General de Registros, recogidas en la obra de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral* (33) afirman que es válida la institución hereditaria hecha en favor del alma, y prescriben al inscripción de los bienes a favor de los albaceas, en todos los casos en que aparezca como heredera el alma del testador, y uno o varios albaceas, encargados de dar cumplimiento a su voluntad.

Por Resolución de 5 de septiembre de 1863 sobre inscripción de herencia en favor del alma heredera y albacea encargado de su realización: «Esta Dirección General ha resuelto: que si los legatarios lo son de parte alícuota o específicos, pueden inscribirse los bienes a nombre del heredero o albacea cuando para los efectos legales representa el alma del testador, sin necesidad de esperar a los 180 días ni de que esclarezca el Registrador, previamente, si se ha provocado o no el juicio de testamentaría. Que si fuesen los legatarios genéricos o de cantidad no pueden inscribirse los bienes a nombre del heredero o albacea antes de los 180 días, a no ser que cumpliesen los requisitos prevenidos en el artículo 49 de la Ley Hipotecaria...» (34).

En las Resoluciones de 7 de enero de 1875 (35) y 30 de abril de 1878 (36) aparecen equiparados a los herederos los albaceas *universales*, que son nombrados cuando el testador no instituye heredero o el designado carece de personalidad, como en el caso de instituirse el alma. Los albaceas «particulares», es decir, los nombrados para cumplir algún encargo piadoso o auxiliar al heredero en las operaciones consiguientes a la liquidación y adjudicación del caudal hereditario, tienen carácter de simples mandatarios, apoderados o encargados, si bien en la jurisprudencia de los Tribunales y la Dirección General de Registros, siguiendo las corrientes legislativas más modernas, reconocen el carácter de representantes de los herederos a los mismos albaceas particulares.

En uno de los considerandos de la Resolución de 30 de abril de 1878 se dice: Que habiendo instituido el nombrado Dn. F. B. por heredera suya a su alma, y representando a ésta para los efectos legales, según la doctrina constante de esta Dirección,

(33) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL. *Jurisprudencia Registral*, Barcelona 1953.

(34) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL. *O. c.*, t. I, págs. 142, 143.

(35) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL. *O. c.*, t. I, págs. 512-518.

(36) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL. *O. c.*, t. I, pág. 808.

el ejecutor o cumplidor testamentario, es procedente la inscripción de los bienes pertenecientes al difunto a nombre del citado Dn. M. V. que además de ejecutor reúne el carácter universal de fiduciario o fideicomisario, como el testador vulgarmente le nombra sin trabas ni limitaciones de ninguna especie.

Esta Dirección manda, que conforme a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento se inscriba a nombre de Dn. M. V. en concepto de cumplidor y fideicomisario del testador, y en representación de su alma, los bienes raíces que aparezcan inscritos a favor del mismo» (37).

El 3 de abril de 1905 la Dirección General de Registros, en Resolución correspondiente a esa fecha declara: «que el albacea, representante del alma de la señora causante, invierta el importe del inmueble y el de los otros bienes en satisfacer créditos, mandas, y gastos testamentarios y dé al remanente el destino que marca el artículo 747 del Código civil» (38).

La Resolución de 20 de abril de 1906 de la Dirección General de Registros aporta luz suficiente para esclarecer la forma y modo de proceder en la inscripción de herencias a favor del alma.

Declara: «Que el testamento es ley en materia de sucesiones, en todo lo que no sea contrario a las leyes. Que no se hallan en este caso la institución a favor del alma, ni la disposición en que se deja una finca para que sus rentas se dediquen a fines piadosos, aunque se ordene que haya de inscribirse a nombre de los sucesivos administradores, pues no puede entenderse que hay voluntad de amortizar el inmueble, mientras no se prohíba expresamente su enajenación, pero deben insertarse literalmente en el Registro, la cláusula y el supuesto en que para interpretar la voluntad del testador respecto a ella, se especifican la forma y circunstancias de la adjudicación de la finca...»

Y en uno de los considerandos añade: «Que es válida la institución hereditaria hecha en favor del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 del C. c., y lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas, en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de Dn. J. B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesiones...» (39).

Las Resoluciones de la R. G. R. de 20 de junio de 1907 y 20 de enero de 1910 (40) se refieren también a instituciones hereditarias a nombre del alma, encargando a los albaceas distribuyan los bie-

(37) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, O. c., t. I, págs. 813, 814.

(38) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, O. c., t. III, pág. 880.

(39) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, O. c., t. IV, págs. 36-44 y sigs.

(40) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, O. c., t. IV, pág. 220.

nes en sufragios y Asociaciones de caridad, o bien, ordenando la fundación de un asilo.

Finalmente, la Dirección General de los Registros, por resolución de 3 de febrero de 1928, consideró comprendido en el artículo 747 C. c. el testamento de doña P. que instituía herederos de la mitad de sus bienes a sus padres por partes iguales y de la otra mitad, nombraba heredero usufructuario a su marido, estableciendo que al fallecer éste, con la mitad de sus bienes se digan misas por el bien de las almas de ambos.

Dice así: «Resultando que el Notario autorizante del documento calificado, interpuso recurso gubernativo, a fin de que aquél se declarase extendido con arreglo a las formalidades legales por los siguientes fundamentos. «Que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 747 del Código civil, en el caso del recurso no hay albaceas, y la distribución es sólo para misas, luego su importe debe entregarse íntegro al Diocesano; que si éste es el que debe percibir esa suma, es natural que sea el que debe vender los bienes, ya que es el único interesado en ello; que no cabe decir que se vendan los bienes por un albacea, porque no lo hay testamentario, y despues del Código civil han desaparecido los antiguos albaceas dativos; que el Diocesano es dueño de estos bienes y puede vender, usando de los derechos dominicales, la nuda propiedad de la cuarta parte de la finca; que la razón que se aduce en la nota de que la nuda propiedad no consta inscrita a nombre de la Iglesia, no puede convencer, pues lo que procedería es verificar primero la inscripción a favor de la compradora, por virtud de la nueva escritura; y que la personalidad del que informa es bien clara, ya que en la nota del Registrador indica que carece de personalidad el Diocesano de Vitoria para vender, por no haberse hecho la liquidación de la sociedad conyugal, y en el caso actual esa liquidación está hecha desde el momento, que en el Registro aparece que se han adjudicado al viudo, en tal estado, las tres cuartas partes de la nuda propiedad y una cuarta parte del usufructo de esa finca.

Considerando que la cláusula del testamento otorgado por doña P., en la que instituye heredero a su marido, y establece, que al fallecimiento del mismo y con la mitad de sus bienes, se digan misas por el bien del alma de ambos, puede estimarse comprendida en el artículo 747 del C. c. con la doble modalidad de referirse exclusivamente a misas y de eucargar se apliquen por el alma de ambos.

Considerando que esta doble modalidad lleva como naturales consecuencias: primera, que el heredero o albacea no necesita hacer entrega de la mitad de las cantidades obtenidas para este objeto al Gobernador civil, con arreglo a la Real Orden dictada en 9 de junio de 1894, por el Ministerio de la Gobernación, de acuerdo con el Consejo de Estado, y segunda, que a la muerte de



la testadora, el heredero puede dar al Diocesano todos los bienes en cuestión, o mejor dicho, el valor de la nuda propiedad capitalizada.

Considerando que la Iglesia no es heredera ni legataria de los bienes que se destinen a obras piadosas por el alma del testador, y, en este sentido, ni es necesaria la inscripción a su nombre, ni puede transmitir a tercera persona la nuda propiedad de la finca en cuestión; pero como la escritura pública de 27 de mayo de 1927 ha sido otorgada por don C. A., como único interesado en la herencia de doña P. y por doña R. G., en nombre de la Iglesia, debe entenderse completada la representación necesaria para enajenar el chalet titulado «Villa Begoña», sin necesidad de inscribir a nombre de persona determinada la nuda propiedad de la 4.<sup>a</sup> parte, toda vez que el heredero, en estos casos obra como ejecutor testamentario, y el antepenúltimo párrafo del artículo 20 Ley Hipotecaria dispensa de la previa inscripción a favor de los albaceas que estuvieren autorizados para enajenar.

Considerando que el razonamiento de que no ha llegado el caso, de que con la mitad de la herencia de la testadora, en que fue instituido heredero usufructuario su marido, se digan misas por el alma de los dos, carece de fuerza civil para impedir la enajenación realizada, porque los actos de disposición del señor C. A. en el concepto de heredero y ejecutor de la voluntad de su esposa, tan sólo se hallan limitados por las facultades concedidas a la Iglesia, que es la llamada, indiscutiblemente, a celebrar las misas, y en el instrumento público calificado consta la autorización del Diocesano para la transferencia llevada a cabo» (41).

La práctica seguida por la Dirección General de los Registros, confirma y admite lo preceptuado por nuestro Código civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando válida la inscripción testamentaria a favor del alma, y exigiendo la designación de albacea o ejecutor, ya que, jurídicamente, el alma no es persona ni puede considerarse legataria o heredera, si bien se asemeja a estas figuras jurídicas, al resultar beneficiada con los bienes que se le aplicarán en la otra vida.

Nos hallamos, pues, ante un ente: el alma, que sin ser persona natural (física) o jurídica, más aún, sin ser heredera ni legataria jurídica goza de protección jurídica, dispensada por nuestro Código civil, artículo 747.

El antiguo Código italiano de 1805 disponía, con toda lógica, la nulidad absoluta de las instituciones genéricas en favor del alma; en cambio, el novísimo Código italiano ha intentado armonizar la voluntad evidente de los testadores con las exigencias ineludibles de la técnica, disponiendo en el artículo 629 que las disposiciones en favor del alma serán válidas cuando puedan determinarse

---

(41) ROCA SASTRE y MOLINA JUVOL. O. c., t. VI, págs. 636 y sigs.

los bienes que han de emplearse a tal fin, en cuyo caso de ningún modo se entenderá instituída el alma en sí, sino que se considerarán como «un gravamen a cargo del heredero o del legatario», añadiendo que «también puede el testador designar a una persona que cuide de la ejecución de las disposiciones en el caso de que falte un interesado para reclamar su cumplimiento» (42).

«Le disposizioni a favore dell'anima —dice el artículo 629 del Código civil italiano— sono valide qualora siano determinati i beni o possa essere determinata la somma de impiegarsi a tale fine.

Esse si considerano come un onere a carico dell'erede o del legatario e si applica l'art 648.

Il testatore può designare una persona che curi la esecuzione della disposizione, anche nel caso in cui manchi un interessato a richiedere l'adempimento» (43).

El Código francés sigue una línea parecida aplicando estas herencias o donaciones pías a los pobres o bien a los establecimientos de beneficencia.

El «Dictionnaire de Droit Canonique» de R. Naz, en el capítulo dedicado a las «Donations», se refiere a la legislación francesa y dice: «En Francia las donaciones (y legados) no pueden alcanzar a las Iglesias, si no es por mediación de las asociaciones diocesanas. Si bien es verdad que la legislación francesa admite las liberalidades, donaciones puras y simples, y aun las gravadas con cargas de caridad o enseñanza, la realidad es que en todas ellas pone varias limitaciones» (44).

El artículo 910 del Código civil francés prescribe: «Les dispositions entre vifs ou par testamet au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autoritées par ordonnance royale».

Y el artículo 937: «Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés» (45).

Cuando los legados, donaciones o testamentos se realizan por motivos sobrenaturales o piadosos, haciendo entrega de los mismos a establecimientos eclesiásticos, la legislación francesa venía rigiéndose desde el año 1817 por Ley del 2 de enero y Ordenanza Real de 2 de abril del mismo año 1817.

La Ley de 2 de enero decía así:

Art. 1.º: Tout établissement ecclésiastique, reconnu par la loi,

(42) ROYO MARÍN, J.. *Disposiciones testamentarias con fines piadosos y benéficos*, pág. 44.

(43) CARNELUCCI, F. BIGIARI, W.. *Codice Civile e leggi complementari*, ed. 4, Padova 1959, pág. 126.

(44) NAZ, R., «Donations», *Dictionnaire de Droit Canonique*, t. 4, París 1949, pág. 1419..

(45) *Code Civil*, ed. Dalloz. París 1959.

peut accepter, avec l'autorisation du Gouvernement tous les biens meubles, immeubles ou rentes qui lui seront donnés par actes entre-vifs ou par actes de dernier volonté.

Art. 2.<sup>o</sup>: Tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi peut, avec l'autorisation du Gouvernement, acquérir des biens immeubles ou des rentes.

Art. 3.<sup>o</sup>: Les biens immeubles de l'église ne peuvent être vendus, aliénés ou échanges, sans une délibération du conseil, l'avis de l'Évêque diocésain, et l'autorisation du Gouvernement» (46).

La Ordenanza Real de 2 de abril de 1817 se limita a determinar la tramitación que debe seguirse para la aceptación y empleo de las donaciones, y legados hechos a los establecimientos eclesiásticos y demás establecimientos de utilidad pública.

Esta Ordenanza Real, complementaria de Ley de 1 de enero de 1817 y del propio artículo 910 del Código civil francés, ha sido modificada posteriormente por Decreto de 1 de febrero de 1896, Decretos de 24 de diciembre de 1901, 8 de abril de 1931, 12 de julio de 1939 y 5 de julio de 1944.

«L'acceptation des libéralités consenties aux établissements ecclésiastiques ou religieux légalement reconnus, ou d'importation autorisés — dice el Decreto de 20 de mayo de 1955 — l'acquisition à titre onéreux ou l'aliénation par les dits établissements de biens immeubles, de rentes ou valeurs garanties par l'État sont autorisées par le préfet du département où est leur siège, quand la valeur de la libéralité à recevoir, du bien à acquérir ou à aliéner est inférieure ou égale à 5 millions de francs. L'autorisation est donnée par décret en Conseil d'État quand la valeur de la libéralité à recevoir, du bien à acquérir ou à aliéner dépasse 5 millions de francs» (47).

En la legislación civil francesa no aparece para nada el alma, y en consecuencia, toda obra hecha por fines sobrenaturales, si recae en un establecimiento eclesiástico, estará sometida al control del Estado, equiparándose en el orden fiscal a los demás establecimientos de utilidad pública, sin preferencia alguna sobre las fundaciones civiles.

Si la herencia o legado recayesen en una institución o entidad eclesiástica carente de este carácter utilitario y social de nada serviría el que se hiciesen en favor del alma o de la Iglesia; tendríamos una simple herencia o testamento sometidos a las normas comunes en el orden legislativo y arancelario (48).

(46) BARGILLAT, M., *Prælectiones juris Canonici*, ed. 2, París 1895, t. II, pág. 118, núm. 991.—DE CHAMPÉUX, G., *Le Droit Civil Ecclesiastique français ancien et moderne, dans ses rapports avec le droit canon et la législation actuelle*, París (s. f.), t. II, pág. 481.

(47) *Code Civil*, pág. 395.

(48) La legislación portuguesa se asemeja en ciertos puntos a la española. Véanse: Concordato 7 mayo 1940, MERCATI, A., *Raccolta*, t. II, págs. 232 y sigs. FÉLIXAS BIGOTTE, J., *Situação jurídica das misericórdias portuguesas*, Coimbra 1950; ALMEIDA ALVES, A., *Questões paroquiais*. A

De lo dicho hasta aquí parece quedar resuelta la dificultad y contestada la pregunta que nos hicimos, de si el alma puede ser constituida heredera según la ley vigente en el Código civil español. Sin embargo, existen otros artículos en nuestro Código que desacuerdan, por no decir prohíben, lo que hemos afirmado al comentar el artículo 747.

El artículo 744 dice: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no están incapacitados por la ley». El Código parte del supuesto de la capacidad, que no es otra cosa que las aptitudes para la vida jurídica. La aptitud para suceder se tiene por el hecho de ser persona. A la existencia, debe añadirse: la capacidad y dignidad para la sucesión. El Código francés en el artículo 902 dice: «Toutes personnes peuvent disposer et recevoir... excepté celles que la loi endeclare incapables...» Son incapaces, artículo 745 del Código civil español, a) las criaturas abortivas... b) las asociaciones o corporaciones no admitidas por la ley, es decir, ilícitas.

Si bien no se enumera el alma como incapaz parece presuponerse, al exigirse (art. 30 C. c.) la personalidad, ya que el alma sola no constituye la personalidad jurídica.

Añádase a lo dicho que el artículo 750 declara nula toda disposición testamentaria hecha a favor de persona incierta. Indudablemente el alma del testador es concreta, determinada y propia, pero queda aún la pregunta: ¿el alma es persona cierta en nuestra legislación? Si no es persona, jurídicamente hablando, lo de cierta o incierta poco importa.

El artículo 747 (4), tan difícil de interpretar, se refiere a las disposiciones que dejó el testador para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma sin especificar la inversión concreta de los bienes. En realidad, lo que se pretende al dejar estos bienes es: que se apliquen en obras que sirvan de alivio y satisfacción a su alma. Por eso el Código ordena que se vendan, y dispone cómo se han de distribuir por medio de la autoridad eclesiástica y civil. De esta manera se soslaya la dificultad de establecer personas concretas al personalizar a la autoridad eclesiástica y civil como herederos legítimos que deberán cumplir los deseos del testador. En estricto rigor jurídico, la persona que se concreta no es el alma del difunto. El alma y las obras buenas que por ella se aplique el mismo testador, son bien conocidas de Dios, pero es indudable que en estos testamentos las personas designadas y concretas son las de los beneficiarios, que reciben los bienes y frutos materiales para satisfacer sus necesidades.

No está claro, o al menos no aparece, que en el artículo 747

---

*competencia de Igreja e do Estado sobre legados pios*, «Lumen» 22 (1958), págs. 636 y sigs. y 789 y sigs.

(49) SÁNCHEZ ROMÁN, F., O. c., t. VI, vol. I, pág. 243, núm. 51.

figure el alma como heredera, más bien diremos que se trata de la aplicación de unos bienes hereditarios a obras que redundarán en beneficio suyo, en la otra vida.

Partidario de esta opinión se muestra don Victor Covián en su estudio inserto en el *Seix*, donde al hablar del artículo 747 dice: «en él se vislumbra la idea de separar el cumplimiento de la ejecución del legado o herencia piadosa indeterminada..., de los mismos herederos, ya que los albaceas distribuirán el importe de aquéllas entre el diocesano y el Gobernador Civil» (50).

«No ha recogido el Código —dice don José Maldonado— las instituciones de heredero a nombre del alma, que se han visto mantenidas en la Jurisprudencia anterior a él, y en cambio ha ido a enlazar con la antigua práctica medieval que presentaba sucesiones «pro anima» en el sentido de entregar ciertos bienes a monasterios o incluso a personas no eclesiásticas con la intención de hacer con ello una buena obra que beneficiase al alma del testador. En el Derecho medieval, como en el Código civil, no es el alma la heredera, sino el que recibe los bienes, y la fórmula «pro anima», o «en beneficio del alma», no indica sino una motivación de la disposición sucesoria, una finalidad que se va a alcanzar con ella» (51).

Con todo, la práctica del Tribunal Supremo y Dirección General de Registros, llevada de la costumbre y del gran impulso adquirido a través de los siglos, sigue afirmando la realidad de la sucesión en la que la propia alma del testador viene a ocupar el lugar del heredero, y sin matizar demasiado, aplican a estas sucesiones los principios normativos del artículo 747. Si bien doctrinalmente la sucesión «pro anima» es discutible, puesto que ni el alma es persona natural o jurídica, ni es sujeto capaz, artículos 29, 750, 662, 744, etc., y la misma Iglesia sujeto capaz y encargado de velar por su bien no siempre es la heredera directa de las herencias «pro anima», sin embargo, de hecho se admiten en la práctica las instituciones de heredero, en que figura como tal el alma del testador.

El señor Royo Marín, en su conferencia «Disposiciones testamentarias con fines piadosos y benéficos» (52), se pregunta como cuestión previa: «¿El alma puede ser heredera?». Y contesta: «No puede serlo». «Es evidente que el alma no es sujeto de derecho, ni tiene capacidad para suceder, según se desprende de los artículos 29, 35 y 745 del Código civil, y que por lo tanto, no puede ser instituida heredera. Según dichos preceptos sólo pueden suceder las personas naturales y jurídicas, y el alma humana no es ni una cosa ni la otra, pues persona natural sólo lo es «el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas entera-

(50) *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 21, pág. 208.

(51) MALDONADO, J., *O. c.*, pág. 216.

(52) ROYO MARÍN, J., *Conferencia citada*, págs. 37-11.

mente desprendido del seno materno», es decir, que requiere corporeidad externa, y tan absurdo es considerar persona al cuerpo sin alma, como al alma sin el cuerpo; y personas jurídicas sólo lo son las del artículo 35 del Código civil, es decir, sólo aquellas a las que el ordenamiento jurídico ha elevado a esta categoría...

Pero la verdad es que el Código no habla de instituir heredera al alma en sí, sino de instituciones en favor del alma, que implican la existencia de un heredero o legatario distinto de ella, instituido con la carga u obligación de cumplir dicha finalidad...» (53.)

«Pasaron los tiempos en que el alma de los testadores, lo mismo que los santos y los ángeles, por ejemplo, considerábase como presentes, como cosas substanciales, y eran objeto de herencias y legados sin escrúpulos ni violencia del entendimiento. Esto ocurría ya en la primera época del Imperio romano, y subsistió mucho después, encargándose a ciertos institutos especiales el cumplimiento de la voluntad testamentaria para salvar «lo incierto de la disposición» (54).

Considerar heredera al alma en sí, implica —según Sánchez Román— la doble ficción de suponer vivo a quien está realmente muerto, y que, además, necesita morir para que su sucesión se cause; es reconocer capacidad civil a quien ya no existe, contra el principio y regla general de que la muerte extingue la personalidad civil; es llevar el convencionalismo de las ficciones jurídicas hasta extremos que ni siquiera son necesarios, pues en realidad las instituciones en favor del alma no son, jurídicamente hablando, sino instituciones o legados *sub modo* para un fin determinado, para lo cual no sólo no es posible, sino que ni siquiera es preciso instituir heredera al alma en sí (55).

Matías MARTÍNEZ PEREDA, notario de Salamanca, en su conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de febrero de 1949: *Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma* (56), niega rotundamente que en las herencias en favor del alma exista heredero.

—«¿Quién es el heredero?» se pregunta el ilustre notario, y contesta «...lo del heredero no fue olvido, ya que vengo a deciros que no existe y que no debéis buscarlo más; me niego a ir un minuto más acompañando a esos Diógenes que enfocan sus linternas:

a) al sucesor en la propiedad de los bienes del *de cuius*, el que compró las fincas después del trato y del contrato. Este —dicen— no tiene cara de heredero.

(53) ROYO MARÍN, J., *Conferencia citada*, pág. 44.

(54) MUCIUS SCAEVOIA, *Q., O. c.*, t. XIII, págs. 275-276.

(55) ROYO MARÍN, J., *Conferencia citada*, pág. 45. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *O. c.*, t. VI, vol. I, pág. 244.

(56) MARTÍNEZ PEREDA, M., *Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 7 (1953), 151-189.

b) al que se las vende — el albacea—. Este tampoco ¿cómo confundirle con el heredero, si él no es más que un titular en interés ajeno, con prohibición de utilizar en provecho propio, aunque armado de toda la titularidad suficiente para el tráfico, un fiduciario legitimado para disponer?

c) al Señor Obispo y al Gobernador. Ambos rechazarían como arbitraria la imputación de que ellos heredan.

d) a los destinatarios del dinero líquido —importe de las ventas de bienes relictos, beneficiarios directos o indirectos (sacerdotes celebrantes, otros beneficiarios o destinatarios, los pobres en que se reparten las limosnas, etc., etc.). En cuanto a los sacerdotes celebrantes u oficiantes de misas o culto, es bien claro que no intervienen en relación hereditaria, sino en negocio «inter vivos», contrato sinalagmático «do ut facias», y respecto a los pobres, asilados o personas beneficiarias ¿cómo buscar en ellas la unidad del «herus», si su múltiple dispersión liquida el patrimonio?, ¿ni cómo montar sobre tal indeterminación nominativa la sucesión *hereditaria* como su secuela de transfusión patrimonial y responsabilidad *ultra vires*?

Yo me niego a seguir buscando al heredero, que maldita la falta que nos hace; pero todavía siguen los juristas enfocando los astros, como los sabios caldeos, preguntándose dónde estará el alma del «cuyus» que es la que *hereda*, como si el alma del muerto pudiera ser sujeto de derecho, no teniendo figura humana.

Pero ¿por qué tiene que haber heredero, ni *sucesión* hereditaria? ¿No es más sencillo y claro pensar en una liquidación del patrimonio?...

...La sucesión en favor del alma —concluye Martínez Pereda— es eso: *una quiebra*. En el cuadro pueden observarse todos los síntomas, las figuras y los fenómenos de la quiebra.

a) Por de pronto, tenemos «un patrimonio en liquidación»...

b) Hay aquí como en la quiebra un proceso de ejecución, que se desintegra en una serie de negocios jurídicos «inter vivos», teniendo este carácter el pago de las deudas, las ventas de los bienes, las entregas del dinero y las de aplicación directa; pues los repartos de limosnas no pueden ser otra cosa que *donaciones*, y en cuanto a la relación negocial en que interviene un sacerdote celebrante de misas, hay que concluir con el párrafo 2.º del canon 1.544 del Codex en que tiene la significación jurídica de un contrato sinalagmático «do ut facias».

c) Hay síndicos (albaceas, Obispo, Gobernador...)

d) Esta sucesión es como la quiebra eminentemente teológica...» (57).

El punto de vista del señor Pereda, es digno de consideración, se basa en un argumento histórico.

Mientras el ordenamiento germánico fue exclusivo de los go-

(57) MARTÍNEZ PEREDA, M., *Conferencia citada*, págs. 178-179.

dos y no se mezcló con el romano —propio de los hispano-romanos— hubo en el Estado visigótico el dualismo de ordenamientos para los vencidos el Derecho romano: Digesto y Código Teodosiano; para los vencedores las costumbres germánicas: el Derecho consuetudinario. En materia testamentaria los godos no conocen la sucesión testada; pertenece a la fase romana el individualismo jurídico, que constituye la voluntad del testador, en fuente apta para engendrar con su querer el heredero.

En el Fuero Juzgo se cruzan el derecho germánico y el romano, y de ambos surgen soluciones eclécticas, que vemos más tarde en el título 19 del Ordenamiento de Alcalá, cuyo texto se reproduce en el libro 10 de la Novísima Recopilación.

El texto de la ley única título 1 del Ordenamiento de Alcalá correspondiente a ley 1, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, admite como válidos los testamentos y disposiciones testamentarias aunque el testador no haya hecho institución de heredero (58).

Esta norma aplicable en cierto modo a la disposición testamentaria «pro anima», la vemos reflejada en el artículo 764 del Código civil: «El testamento será válido aunque no contenga institución del heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

La cláusula testamentaria «pro anima» que instituye al alma del testador o de un tercero, doctrinalmente es muy discutible por desembocar en el absurdo de la autosucesión y materializar lo que no se puede materializar: la sustancia espiritual que informó el cuerpo (59). Con razón, pues, podemos afirmar que el Código civil español en su artículo 747, no establece la figura del alma como heredera, sino la inversión de ciertos bienes hereditarios en obras que han de redundar en beneficio del alma en el otro mundo. La práctica consuetudinaria de tales instituciones «pro anima», corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por las resoluciones de la Dirección General de los Registros, afirman unánimemente que la validez de las instituciones de heredero a favor del alma se encuentra admitida por el propio artículo 747 C. c.

(58) Dice así la ley 1, tít. 18, lib. 10 de la Novis. Recopilación. «... Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga, en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, *aunque el testador no haya hecho heredero alguno*, y entonces herede aquel, que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento y el heredero no quiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen...».

(59) BAS Y RIVAS, F., *Art. c.*, pág. 25.



¿Cómo lograr dar efectividad a tales instituciones hereditarias que carecen de personalidad? Tal vez mediante una personalidad interpuesta entre la disposición del testador y ese interés de su alma, beneficiaria de la misma. Este personaje intermediario puede ser el albacea, el heredero fiduciario, un administrador hereditario... una persona física o moral (60).

Para no alargarnos demasiado, y porque la cuestión aún no está zanjada y las discusiones continuarán por mucho tiempo, concluimos recogiendo el pesamiento de los civilistas y comentaristas del Código: En estricto rigor no puede estimarse que el alma sea el sujeto de derecho sobre los bienes. En este caso, el sujeto permanece incierto y no adquirirá determinación hasta que con la base de esos bienes se cree una fundación o vayan a parar a las manos de quienes se destinan. Entre tanto, el sujeto está transitoriamente indeterminado, apareciendo en primer plano el fin por el que aplican los bienes. El difunto desapareció como persona de derecho, pero queda su interés espiritual que proteger, y éste es el que se ampara por la ley, hasta que lleguen los bienes a su fin. Así opinan José Maldonado, Valverde, Sánchez Román, Federico de Castro, Mucius Scaevola, etc., y en general todos los modernos.

Un análisis minucioso de los artículos 38 y 746, nos llevaría a la conclusión —como afirma SÁNCHEZ ROMÁN— (61), de que en el primero se trata de la Iglesia, y en el segundo de las iglesias y cabildos eclesiásticos... etc. (62). Esto quiere decir que el Código ha querido establecer una regla general de capacidad para la Iglesia, entendida esta palabra en sus más amplias manifestaciones, para todos los actos «inter vivos», aplicándose el artículo 746 para los actos de sucesión «mortis causa». El mismo Sánchez Román (63) cree que si por el artículo 746 tienen testamentificación pasiva las asociaciones autorizadas por la ley, las comunidades religiosas han de regirse por el Concordato entre ambas potestades, y por consiguiente, sólo aquellas comunidades y asociaciones religiosas autorizadas por el artículo 29 del Concordato de 1851 son las que en realidad tienen capacidad para suceder.

Hoy no podría decirse lo mismo, pues el Concordato vigente de 1953 establece la legislación por la que deberán regirse las comunidades y asociaciones religiosas en materia hereditaria. Por otra parte, si bien es verdadera la afirmación del ilustre maestro, en la práctica han sido toleradas por el poder público comunidades e institutos religiosos que no estaban autorizados de modo expreso por el Concordato de 1851 y que el mismo legislador ha reconocido su aptitud para adquirir. El señor Valverde añade una

(60) GITRAMA, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid 1950, págs. 59,60, núm. II.

(61) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *O. c.*, t. VI, vol. I, pág. 239, núm. 49.

(62) VALVERDE, C., *O. c.*, t. V, pág. 437.

(63) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *O. c.*, t. VI, vol. I, pág. 242.

razón de más peso: Las comunidades y asociaciones religiosas se hallan hoy inscritas en los Gobiernos civiles (antes del Concordato actual de 1953), como tales institutos, cumpliendo así una obligación que el poder ejecutivo las impuso; y añade: La exposición de motivos de la reforma del Código civil dice por boca de la sección encargada de la reforma: «La sección prestando atento oído a estas consideraciones y deseando marchar siempre de acuerdo con los Prelados de la Iglesia, después de reconocer a los monasterios el derecho de adquirir... etc.» (64).

Admitida la facultad de adquirir y suceder por testamento a esas personas jurídicas, iglesias, establecimientos de enseñanza y beneficencia, conforme al artículo 38, deben considerarse incluidas las asociaciones religiosas también. Esto se prueba principalmente: a) por el Concordato vigente (a. 1953), en los artículos que después comentaremos; b) por el espíritu que informa nuestra legislación; c) por el hecho de permitirse, no sólo hoy, sino desde antes del Código (a. 1889), la inscripción de bienes inmuebles y derechos reales sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y por tanto, los del Estado, la provincia, el municipio, y entidades civiles o eclesiásticas (65).

Por estos capítulos se reconoce a las personas jurídicas y asociaciones lícitas, que se expresan bajo la denominación de entidades civiles y eclesiásticas, la facultad de conservar bienes inmuebles, consecuencia lógica de la inscripción de los mismos en el Registro. Esto supone una derogación de las leyes desamortizadoras que otorgaban a las entidades o personas colectivas la facultad de adquirir, pero con la obligación de vender los bienes adquiridos e invertir su producto en valores mobiliarios (66).

## 2.º) *Concepto de legado en el Código civil y relación con las herencias y testamentos.*

Completar la materia expuesta y poner en claro la legislación civil requeriría un análisis de todos los artículos que de modo directo o indirecto se relacionan con los puntos que estudiamos. Por razón de brevedad y del fin de este trabajo, exponemos el concepto de legado en la legislación actual, el derecho hereditario y testamentos, para terminar con un resumen histórico de la evolución de los «legados y herencias pías» desde la publicación del Código civil hasta nuestros días.

Comencemos diciendo que en el Código civil no está definido el «legado». Sin embargo, nos define al heredero y al legatario.

(64) VALVERDE, C., *O. c.*, t. V; págs. 437, 438.

(65) CARAVACA, A., *Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria*, Madrid 1915. Art. 11 Reglamento de Ley Hipotecaria de 1915.

(66) Ley 1 de mayo 1855; MASSA SANGUINETI, C., *Dicc. Jur. Admvo.*, t. 2, col. 1134; ARANZADI, *Dicc. de Legislación*, t. 5, núms. 6.162.

Sin apartarse del concepto tradicional, plasmado ya en las Partidas (Partida 6, título 3, ley 21 y título 9, leyes 1 y 34), nuestro Código entiende por legado: la disposición por la que se manda o dona alguna cosa. Mejor sería definirlo, a tenor del artículo 660 C. c., como una manifestación de voluntad hecha en testamento que no llega a la categoría de institución de heredero.

En todo caso, significa siempre una disminución del patrimonio que ha de recibir el heredero y por lo regular es una liberalidad en favor del legatario. Así entendido, coincide plenamente con el concepto de manda, legado, a que se refiere la Partida 6, título 9, ley 1: «Mandas fazen los omes en sus testamentos por sus animas o por fazer bien a algunos con quien han debido de amor o de parentesco... Otra donación fazen a que dicen en latin, *donatio causa mortis*, que quier tanto dezir como cosa que da el testador a otro, cuydandose morir. E puede fazer tal manda, o tal donacion todo ome que ha de poder de fazer testamento o codicillo...»

En esta misma Partida, título 3, ley 21, se dice: «...E necessarios herederos son dichos los siervos, a quien sus señores fazen herederos de lo suyo, *en todo o en parte*: e son llamados assi, porque son tenudos de otorgarse por herederos de su señor, aunque no quieran...»

El testador, en conformidad con las normas de las Partidas, podía disponer de alguna porción de sus bienes para fines píos, aunque tuviese herederos forzosos. Cuando no existían tales herederos, la ley, permitía disponer libremente de todo el caudal hereditario, con la condición de emplearlos para fines honestos y valiéndose del testamento o codicilo (67). Esta misma norma se observa en el Código civil.

Los legados hoy, son disposiciones testamentarias, por las cuales el testador manda una cosa o porción de bienes a *título singular*, a persona o personas determinadas (68). En la institución de heredero, éste sucede a título universal. Siendo el legado una especie de donación singular, no requiere el concurso de voluntades para que sea perfecto, ya que basta para su nacimiento la declaración de voluntad del testador. Legatario (69) es la persona que sucede a título singular o particular en oposición al he-

(67) TRAVIEZAS, M., en su art. *Legados*, «R. D. P.», 18 (1931), 177-186; expone los siguientes puntos: a) Revocación e ineficacia del legado. b) Adquisición de los legados. c) Aceptación y repudiación. d) Garantías para el pago de los legados. e) El pago de los legados.

DÍAZ CRUZ, J., en su obra *Los legados* (Madrid, 1951), hace un estudio completo sobre este tema.

(68) DÍAZ CRUZ, al hablar de la constitución del legado, dice: «El legado es una disposición testamentaria, de lo que se infiere que su título constitutivo es el testamento, y de ahí que esté sujeto a todas las eventualidades, consecuencias y formalidades de los testamentos».

(69) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *O. c.*, t. VI, vol. 1, págs. 6-62.

redero, que sucede al difunto a título universal, artículo 660. Según el Código civil sólo puede legarse en testamento, de ahí que sólo puedan disponer legados los que tengan testamentifacción activa, y recibirlos los que la tengan pasiva (art. 662).

La testamentifacción activa es el ejercicio del derecho de propiedad; siendo ésta libre, todos —mientras no se pruebe lo contrario— pueden ejercer la facultad de testar, de otra forma, se quebrantaría el principio de la libertad de propiedad. El artículo 663 determina quiénes están incapacitados para testar (testamentación activa). En los artículos 858 al 860 se determina a quiénes puede ordenarse legados. Para los herederos, el legado es un gravamen, ya que viene a mermar el caudal hereditario, que el testador separa de su patrimonio; de ahí que al tratar de la herencia (art. 744) se inserte toda la sección décima sobre mandas y legados (arts. 858 y ss.).

En el artículo 865 se declara nulo el legado de cosas que están «extra commercium», i. e. sólo las cosas susceptibles de propiedad particular y transmisible pueden ser objeto de legados.

Interesa tener en cuenta las limitaciones que el Código pone en sus artículos 813 y 817, a la facultad concedida al testador para gravar a los herederos con mandas y legados aun de carácter «pío», es decir, que hay que respetar la legítima. Esta doctrina la confirmó la Resolución de la Dirección General de Registros (70) el 7 de abril de 1906. Para hacer eficaz su derecho, los legatarios tienen la facultad de exigir del heredero o personas gravadas la entrega de su legado, utilizando la acción personal «ex testamento», la acción rescisoria contra los herederos, reivindicatoria, etc. El número 7, artículo 42 de la Ley Hipotecaria, artículos 45, 46, 47, 48, 49, etc., confirman lo antes dicho (71).

La donaciones «mortis causa» (Ley 2, título 4, Partida 5) se hacían hallándose en peligro inminente el donante, a condición de recobrar lo que fuera objeto de las mismas, si salía de dicho peligro. Para Justiniano tienen la misma naturaleza jurídica de los legados, siendo ambos un título singular de la sucesión (72). En rigor se distingue la donación «mortis causa» del legado, en que aquélla, por ser acto unilateral, para ser perfecta no necesita la aceptación expresa del favorecido por ella, en tanto que el legatario requiere al menos la presunta o tácita. La «donación inter vivos» se hace cuando el testador goza de salud, no en peligro de muerte y por temor a ésta. La donación «inter vivos», afirma Sánchez Román, es por naturaleza irrevocable y sólo por excep-

(70) ROCA SASTRE Y MOLINA JUYOL, *O. c.*, t. IV, pág. 32. VALVERDE, *O. c.*, t. V, págs. 323 y sigs.

(71) LÓPEZ DE HARO, *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid 1918, págs. 100 y sigs. MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, ed. 1899, Reglamento de Ley Hipotecaria (1 enero 1871), págs. 117 y sigs.

(72) TRAVISSAS, M., *Sustituciones hereditarias*, «R. D. P.», 14 (1927), págs. 404 y sigs., 15 (1928), págs. 1 y sigs.

ción revocable, mientras que la «mortis causa» es siempre revocable (73).

El «Diccionario francés de Derecho Canónico» define la donación como un contrato con estas cuatro características: 1) gratuito; 2) irrevocable e inmediato en sus efectos; 3) solemne; 4) justificado por una causa lícita. De ahí que difiera del testamento, que es esencialmente revocable, no produce efectos hasta la muerte del testador y no requiere necesariamente la intervención del notario (74).

Dentro del derecho de sucesión se comprende: el derecho hereditario a título particular (sucesión impropia), y derecho hereditario a título universal (sucesión propia). De las tres clásicas formas de sucesión: testada, intestada y contractual, solamente admite el Código las dos primeras; así el artículo 658: «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley... Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley».

En la legislación española se prefiere la sucesión testada a la intestada. Las disposiciones legales, reguladoras de la sucesión legítima, son supletorias de la voluntad de testador. En esta materia hemos seguido la antigua tradición española, iniciada en la Ley única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, permitiendo el Código que la herencia de una persona pueda ser deferida en parte por testamento y en parte por sucesión intestada o abintestato.

En el artículo 659 se declara qué comprende la herencia: La herencia la forman el conjunto de derechos activos y pasivos del difunto, que tengan cualidad de transmisibles.

«Puede en general considerarse como susceptible de ser objeto de legado —dice Díaz Cruz— todo aquello que tenga un valor patrimonial, sea la entrega de una cosa o la realización de un acto.—Los derechos asimismo, pueden ser objeto de legado» (75).

Capítulo aparte merecen por su importancia y relación con nuestro tema los testamentos, de quienes el señor Valverde hace verdaderos elogios: «El testamento —dice él— es el instrumento que mayores ventajas ofrece para disponer de determinadas cosas, pues el hombre pensando en la muerte, olvidando todos los rencores y pasiones, se convierte en juez de la familia y de sí mismo, para ordenar todo aquello que responda a las imperiosas y sagradas determinaciones de su conciencia; por eso nada más respetable, ni nada debe cumplirse con más solicitud que lo mandado por los testadores» (76).

(73) VALVERDE, C., O. c., t. V, págs. 344-344. SÁNCHEZ ROMÁN, F., O. c., t. IV, pág. 667.

(74) NAZ, R., «Donations», *Caracteres juridiques de la donations*, en «Dictionnaire de Droit Canonique», t. IV, col. 1.420.

(75) DÍAZ, CRUZ., O. c., pág. 28.

(76) VALVERDE, C., O. c., t. V, págs. 40-53 y sigs.

En el artículo 667 se concibe el testamento como un instrumento de disposición de bienes. Es, sobre todo, una manifestación de la individualidad y libertad de la voluntad; por él se transmiten los bienes total o parcialmente al instituido y se hacen declaraciones que afectan a la conciencia y al deber moral del testador.

Por estas razones el testamento es un acto: 1.º) *personalísimo*, artículo 670, 2.º) *solemne*, i. e., debe revestirse de una serie de formalidades exigidas por el Derecho; 3.º) *revocable*; 4.º) *libre*; 5.º) es una ley civil que las partes deben cumplir, siendo la función del legislador supletiva de la voluntad testamentaria (Resolución de la Dirección General de Registros de 16 de mayo de 1903) (77).

Después de declarar en libertad al testador (art. 668) para disponer de sus bienes a título universal o particular, se legisla en el artículo 763, primero para el caso que el testador no tuviere herederos forzosos, y en segundo término para cuando los tenga. De igual modo, en el artículo 764, se establece la independencia de la institución de herederos respecto del testamento, y se previene para el caso de que no se haga institución de herederos (= sucesión intestada) ¿Qué hacer cuando la institución recaiga en beneficio del alma del propio testador? El Dr. Manresa (78) ofrece dos soluciones: a) Si el testador hubiese determinado los sufragios u obras piadosas en que deberán invertirse; esta disposición no ofrece duda, los albaceas y en su lugar los que hubieran de nombrarse cumplirán la voluntad del finado con sujeción estricta a los términos de la misma. b) En el supuesto de que esta disposición haya sido hecha de un modo indeterminado y sin especificar la aplicación que debiera darse a la herencia, los albaceas deben vender, conforme al artículo 747, los bienes así dejados y distribuir su importe, dando la mitad al Diocesano, para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobierno Civil, para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, o su provincia (79).

El artículo 749, como ya dijimos, ofrece solución para el caso en que se disponga de los bienes en favor de los pobres en general, sin designación de persona ni población. Este artículo tie-

(77) VALVERDE, C., *O. c.*, t. V, pág. 56.

(78) MANRESA, J., *O. c.*, t. V, págs. 415-418.

(79) La Real Orden de 9 de junio de 1894 tiene gran importancia para interpretar los testamentos hechos de modo genérico. Dice así: «Si en el testamento se dejan los bienes para misas y sufragios, omitiéndose en absoluto las palabras *obras pias*, el testamento debe limitarse a hacer la entrega al Reverendo Obispo a los fines determinados por el testador, del remanente de los bienes, sin que deba entregar nada al Gobernador civil». MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, ed. 1958 en nota al Código civil, pág. 305. PEDREIRA CASTRO, J., *El Código civil a través de la jurisprudencia*. Madrid (s. f.), t. II, pág. 134.

ne sus precedentes en la Ley 20, título 3 de la Partida 6, donde se declara que en caso de establecerse por herederos a los pobres de una ciudad o villa se distribuyeran los bienes entre los que se hallaren en los hospitales de los indicados puntos y especialmente los que por sus enfermedades no pudieran salir a implorar la caridad pública.

Otras dos cláusulas limitan la libertad del testador y merecen tenerse en cuenta cuando se hacen legados o donaciones piadosas. Son: a) las disposiciones testamentarias hechas durante la última enfermedad del testador en favor del confesor no producirán efecto; b) las legítimas, artículo 806 (80). La ley reserva una porción de bienes a cierta clase de herederos que se denominan forzosos; esa porción de la cual el testador no puede disponer a favor de otras personas se llama «legítima». Los demás herederos designados libremente por el testador se llaman voluntarios. Tanto los herederos forzosos legitimarios o necesarios, como los libres, pueden aceptar o rechazar la herencia.

El Código trata primeramente de la «institución de herederos» que pueden llamarse comunes, para después regular las instituciones especiales o singulares. Las principales «instituciones» de heredero «especiales» que el Código admite son:

- a) La hecha para sufragios y obras piadosas (art. 747).
- b) La hecha en favor de un establecimiento público (art. 748), o en general a clases determinadas (art. 671).
- c) La hecha a favor de los pobres (art. 749).

La aceptación de la herencia dejada a los pobres se rige por lo dispuesto en el artículo 992 del Código civil.

De lo dicho hasta el presente podemos sacar las conclusiones siguientes:

a) La legislación española admite la institución de heredero hecha en favor del alma.

b) Reconoce a la Iglesia como sociedad jurídica capaz de adquirir y poseer por los medios comunes y señalados en el Código.

c) Igualmente admite la capacidad jurídica de las asociaciones, fundaciones y corporaciones de interés público, y por consiguiente las iglesias, comunidades religiosas, cabildos, hospitales, centros benéficos, etc.

d) Autoriza los legados, donaciones pías hechas libremente y observando ciertas prescripciones.

e) En general puede decirse que el Código civil español actualiza y recoge la legislación que durante siglos, con diversas alternativas según las regiones, estuvo en vigor en España.

Publicado el Código civil el 24 de julio de 1889, la legislación en materia de legados y herencias pías quedó resuelta. Sin embar-

---

(80) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio. Atribución de la legítima por actos «inter vivos»*. «A. D. C.», 8 (1955), 269-460.

go, en estos 70 años de vigencia merecen destacarse dos hechos: a) La República con su Constitución y Leyes desamortizadoras; b) el Concordato de 27 de agosto de 1953. Si a esto añadimos una serie de declaraciones, sentencias del Tribunal Supremo y Leyes de Régimen Local sobre tributación, e impuestos, habremos completado el trabajo sobre herencias y legados píos en su aspecto doctrinal e histórico.

Por sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 14 de diciembre de 1897 y 31 de mayo de 1898, se declara la no personalidad jurídica de las memorias de misas: «Las memorias de misas no tienen el carácter de personas jurídicas (81).

El 3 y 6 de febrero de 1894 se inserta en la *Gaceta* la siguiente sentencia de 10 de enero del mismo año: «Comete error la sentencia que afecta bienes legitimarios al pago de un legado infringiendo la doctrina de que la legítima corresponde sin detracción ni gravamen al heredero forzoso y que la manda debe satisfacerse con cargo al quinto de libre disposición (82).

El 12 de octubre de 1900 se plantea al Tribunal Supremo la siguiente cuestión sobre cumplimiento de un legado a favor de un instituto benéfico. «Legando un testador determinada cantidad a dos personas para que al fallecimiento de una herede la otra el legado y a la muerte de la última pase la parte que de él se conserve a una casa de beneficencia, pero entendiéndose que el cumplimiento de este encargo quede exclusivamente al rigor de la conciencia del segundo de dichos legatarios y no a la exigencia de ninguna otra persona, entidad ni corporación, en cuyo caso quedará aquel con la facultad de disponer de todo el legado en favor de quien quisiera. Así resolvió el Tribunal Supremo: «Procede entender que el testador estableció un llamamiento directo en favor del establecimiento benéfico, tan sólo subordinado a la condición de que el legatario supérstite hubiese conservado el todo o la parte de la cantidad legada, y que a pesar de la defectuosa relación de la última parte de dicha cláusula testamentaria, claramente se colige de sus términos, máxime, si como es de rigor, han de concordarse con la primera parte de la misma, que el testador no quiso dejar la eficacia de aquel llamamiento a la ratificación expresa del legatario superviviente, sino que tan solamente se propuso asegurar al mismo y a su antecesor en el libre e independiente disfrute del legado, impidiendo que a pretexto de asegurar los efectos de éste para el tercer llamado, se coartase las facultades de aquéllos» (83).

«La cláusula en que se ordena un legado a favor de una fundación piadosa, que el testador dice haber comunicado a sus alba-

(81) *Jurisprudencia Civil*, t. 83 (1898), 915, núm. 193; t. 84 (1899), 397, núm. 86.

(82) *Jurisprudencia Civil*, t. 75 (1895), 46, núm. 6.

(83) Sentencia 12 de octubre de 1900; MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Dicc. de la Admon. Esp.*, t. 10, pág. 779.



ceas, es perfectamente válida, pues ni resulta hecha a favor de persona incierta ni contiene instrucciones reservadas para la distribución de la herencia», según sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1907, publicada en la *Gaceta* de 1.º de octubre de 1908 (84).

El 11 de febrero de 1903 por sentencia: «el Código civil no ha prohibido los legados de parte alicuota de la herencia sin perjuicio de las legítimas y habiendo caducado por fallecer el legatario antes que el testador y existiendo heredero instituido, los bienes en que aquél consistía deben pasar a la masa hereditaria» (85).

En cuanto a tributación e impuestos de bienes eclesiásticos sin especificar su origen, por Real Decreto de 24 de enero de 1894, según el artículo 2 del Reglamento provincial para administración, investigación y cobranza de contribución sobre edificios y solares, quedan absoluta y perfectamente exentos de esta contribución: a) Los templos; b) Cementerios; c) Casas ocupadas por comunidades religiosas, cuya aprobación por el Ministerio de Justicia está publicada en la *Gaceta de Madrid* de 4 de diciembre de 1851, que puso en ejecución el artículo 30 del Concordato (de 1851); d) los edificios destinados al servicio de los templos o a habitación y recreo de los párrocos y otros ministros; e) los edificios ocupados por seminarios. Estas mismas exenciones fueron decretadas en el artículo 14 de la Ley de 24 de diciembre de 1910 (86).

En cuanto a la beneficencia merecen destacarse el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 en sus artículos 7, 8 y 10, las nuevas disposiciones de 1913 por Instrucción de 24 de julio del mismo año, donde se menciona el Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, artículos 2 y 4 (87).

Los artículos 7 y 8 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que aprobó la Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, disponen que son bienes propios de ésta todos los que actualmente posea, a cuya posesión tenga derecho y a los que en lo sucesivo adquiera por limosnas, donación, herencia o cualquier otro de los medios establecidos en el derecho común; que cuando estos bienes constituyan capital permanente de las fundaciones deberán convertirse, si ya no lo estuvieran, en inscripciones intransferibles de la renta perpetua de 4 % interior; que los que consistieren en inmuebles o derechos reales se inscribirán en los Registros de la Propiedad respectivos a nombre de las fundaciones a que pertenezcan (88).

El artículo 11 del Reglamento de la Ley Hipotecaria de 6 de agosto de 1915 determina: «Serán inscribibles todos los bienes inmuebles y los derechos reales constituidos sobre los mismos sin

(84) *Jurisprudencia Civil*, t. 107 (1908), núm. 87.

(85) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *O. c.*, t. 10, pág. 776.

(86) ARANZADI, *Dicc. de Legislación*, t. 5, núm. 4.997.

(87) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *O. c.*, t. 2, pág. 635.

(88) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *O. c.*, t. 2, págs 636 y sigs

distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y, por tanto, los del Estado, la provincia, el municipio y entidades civiles o eclesiásticas» (89).

Prescindiendo un instante de la legislación del período republicano, de la que inmediatamente trataremos, insertamos uno de los decretos principales referentes a la beneficencia publicados en el *Boletín Oficial del 1 de abril de 1955*. Dice así: Decreto de 18 de marzo, modificando el artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1890, a fin de acomodarlo a la redacción del 53 de la Instrucción de 24 de julio de 1913.

Artículo único: El artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1890 quedará redactado en la forma siguiente: «Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones de Beneficencia. Si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los Tribunales, hubiera de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de 1.º de julio de 1911 y el Protectorado resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales Instituciones resulten» (90).

### 3.º Situación de los bienes de la Iglesia durante la República.

Refiriéndose a la legislación de la República, don José CASTÁN escribía el año 1936: «En la actualidad el espíritu de la Constitución política de la República es restrictivo para la capacidad patrimonial de las entidades de fin religioso y ha quedado roto el régimen concordatorio (a. 1851), que reflejaba el artículo 38 del Código» (91).

El Decreto del Gobierno provisional de la República con fecha 28 de julio de 1931 es del siguiente tenor:

Artículo 1.º) Se restringe la capacidad de los extranjeros para adquirir y conservar bienes inmuebles rústicos, consignándose en el artículo 1.º una limitación para las personas jurídicas cualquiera que sea su nacionalidad. Unas y otras personas, para adquirir los bienes rústicos, necesitan la autorización del Gobierno, y éste sólo podrá otorgarla cuando los bienes de que se trata de adquirir sean necesarios para la implantación, ampliación y modificación de un establecimiento industrial, comercial o minero.

Artículo 2.º) Cuando los inmuebles rústicos se adquieran por título de herencia, donación *amortis causa* o dación de pago de deuda, los extranjeros y las personas jurídicas deberán enajenarlas en el plazo de dos años a partir de la fecha de su adquisición.

(89) VALVERDE, O., O. c., t. V, pág. 438. CARAVACA, A., O. c., pág. 31.

(90) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice al Dicc. de la Admón. Española*, año 1955, pág. 202.

(91) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, ed., 6, Madrid 1936, t. I, vol. pág. 160. Véase t. I, vol. II de la ed. 9, pág. 342.

y si no lo hicieran, el Estado las venderá en pública subasta y entregará el importe a los interesados, deduciendo los gastos de la enajenación» (92).

De la simple lectura del Decreto de 28 de julio de 1931 se deduce que la limitación para adquirir y poseer se extiende también a las personas jurídicas españolas, pues al decir «cualquiera que sea su nacionalidad» es incuestionable que se aplica no sólo a los extranjeros, en cuyo caso, como dice el Dr. Valverde, o el legislador ha expresado lo que no quiso decir, o parece absurdo limitar la capacidad civil de las personas jurídicas españolas (ya que es indiferente que el solar español pertenezca a personas naturales o jurídicas). Interpretando en sentido amplio este Decreto, al restringir la capacidad civil de las personas jurídicas, modifica el criterio del Código civil y jurisprudencia, manteniéndose el criterio de la Ley de 11 de octubre de 1820 y la de 1.º de mayo de 1855 respecto a las personas jurídicas de interés público conocidas con el nombre de «manos muertas», que según la opinión de respetabilísimos autores y el criterio de la jurisprudencia fue derogado por el Código civil en sus artículos 37 y 38 (93).

Creemos que el Decreto de 1931 se opone no sólo al Código sino también a los estatutos provinciales y municipales, a las leyes de beneficencia e instrucción y en general al espíritu tradicional de la legislación española. Siendo la Iglesia una persona jurídica perfecta, y teniendo capacidad para adquirir y retener bienes de todas clases, como se reconoce en el Concordato de 1851 y en el Convenio entre la Santa Sede y el Gobierno de 1860, también queda Ella (Iglesia) comprendida en este Decreto, conculcando el citado Convenio por voluntad propia y sin contar con la otra parte.

En breve hubo de ser modificado el Decreto de 28 de julio de 1931 por Decreto de 16 de febrero de 1932 (94), recuperando su capacidad plena las personas naturales o individuales para adquirir bienes de todas clases, lo mismo españolas que extranjeras; también la recuperan las personas jurídicas o sociales de nacionalidad española, para las cuales regirán los preceptos del Código civil y del Código mercantil. El Decreto de 16 de febrero de 1932 nada dice sobre las adquisiciones por sucesión *mortis causa*; cabe preguntar si seguirá rigiendo lo dispuesto por el Decreto de 28 de julio de 1931 que ordenaba la venta de fincas rústicas adquiridas, o se entenderá derogada totalmente tal disposición. A pesar de la derogación (de 16 de febrero) de las disposiciones que se opongan a este Decreto, no se aclara la situación respecto a la capacidad de las corporaciones eclesiásticas, ni se

(92) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Española*, 1931, pág. 520.

(93) VALVERDE, C., *O. c.*, t. I, pág. 285 y sigs.

(94) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1932, pág. 76.

determina si la capacidad de la Iglesia se rige por el Código civil o quedan para ella las restricciones impuestas para la adquisición de bienes inmuebles:

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, es un absurdo que un Decreto (28 de julio 1931), que adquiere fuerza de Ley por la Ley de 30 de diciembre de 1931, sea derogado por un simple Decreto contraviniendo lo mandado en el Código civil (artículo 5.º) (95).

El artículo 26 de la Constitución de la República (de 9 de diciembre de 1931) dispone que «las órdenes religiosas no podrán adquirir y conservar bienes por sí o por persona interpuesta, a no ser aquellos que se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos» (96). La Iglesia Católica, como las demás confesiones religiosas, es considerada como simple Asociación sometida a una ley especial (2 junio 1933).

El criterio liberal y amplio del Código civil español se ve sustituido por otro de miras estrechas, incompatible con los tiempos en que se dio y propios de un sectarismo agudo (97). Para evitar la concentración se prohibió por leyes desamortizadoras la facultad de adquirir y conservar bienes inmuebles y aun toda clase de bienes sin distinción, equiparando la Iglesia y comunidades a asociaciones ilícitas.

Víctimas de este anticlericalismo fueron los Jesuitas. Por Decreto 24 de enero 1932 (*Gaceta* 24 enero) se declara disuelta en el territorio español la Compañía de Jesús. —«El Estado dice en el artículo 1 del citado Decreto—, no reconoce personalidad jurídica al mencionado instituto religioso, ni a sus provincias canónicas, casas, residencias, colegios o cualesquiera otros organismos directa o indirectamente dependientes de la Compañía» (98). Otro Decreto anterior, de 20 de agosto de 1931 (99), vino aumentar más la confusión en cuanto a la capacidad de la Iglesia y Ordenes religiosas para adquirir y conservar bienes; en él se suspende la facultad de venta, enajenación y gravamen de los bienes de todas clases y derechos reales de la Iglesia, institutos y casas religiosas. Sin embargo, en la práctica se da por supuesta la vigencia del Decreto del año 1931, autorizándose frecuentemente, en la *Gaceta*, para enajenar bienes de las corporaciones eclesiásticas.

La Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas de 2 de

(95) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1931, pág. 746. Repertorio de la legislación española, publicado por la «Revista de los Tribunales», 56 (1932), 208.

(96) CASTÁN TOBEÑAS, J., *O. c.*, t. I, vol. II, pág. 346.

(97) VALVERDE, C., *O. c.*, t. I, pág. 291.

(98) RUIZ, J., *Legislación ordenada y comentada de la República Española*, Madrid 1932, t. I, pág. 29.

(99) VALVERDE, C., *O. c.*, t. I, pág. 293.

junio de 1933 (100), teniendo en cuenta el artículo 26 de la Constitución (año 1931), considera a la Iglesia, no como persona jurídica sino como asociación; asociaciones son también las órdenes religiosas, según el artículo 7 de dicha Ley de Confesiones. El artículo 11 de la Ley de Confesiones, dice: «Pertencen a la propiedad pública nacional, los templos de toda clase y sus edificios anexos, los palacios episcopales y casas rectorales, con sus huertas anejas, o no, seminarios, monasterios y demás edificaciones destinadas al servicio del culto católico o de sus ministros. La misma condición tendrán los muebles, ornamentos, imágenes, cuadros, vasos, joyas, telas, y demás objetos de esta clase, instalados en aquéllos y destinados expresamente al culto católico, a su esplendor, o a las necesidades relacionadas directamente con él.»

Las casas y los derechos relativos a ellas referidas en el párrafo anterior quedan bajo la salvaguardia del Estado, como personificación jurídica de la nación a que pertenecen y sometidas a las reglas de los artículos siguientes:

Respecto a la capacidad de adquirir bienes, en lo sucesivo la Iglesia es igual a las demás confesiones religiosas, artículo 19: «Los bienes que la Iglesia católica adquiere después de la promulgación de la presente Ley y los de las demás confesiones religiosas, tendrán el carácter de propiedad privada con las limitaciones del presente artículo, es decir: «Se invertirán sus productos en títulos de la deuda emitida por el Estado Español.»

Las Ordenes y Congregaciones religiosas se rigen por el artículo 22 de dicha Ley. Dice así: «A efectos de la presente Ley se entiende por órdenes y congregaciones religiosas las sociedades aprobadas por las autoridades eclesiásticas en las que los miembros emiten votos públicos perpetuos o temporales.

Artículo 23. Los órdenes y congregaciones religiosas quedan sometidas a la presente Ley y a la legislación común.

Artículo 24. Será requisito necesario para la existencia legal la inscripción en el registro público, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.»

Por Decreto de 27 de julio de 1933 se dictan normas para el cumplimiento de la Ley de confesiones, órdenes y congregaciones religiosas, y en virtud del tal disposición, se regula un severo registro-control que dificultó la marcha de tales instituciones (101).

El año 1934 y por Decreto 9 de noviembre (102), se da una norma para las Religiosas Hijas de Nuestra Señora de Barcelona, que sirvió de pauta para las demás órdenes y congregaciones, dispo-

(100) *Dicc. Admon. Esp.*, año 1933, pág. 78 y sigs. *Repertorio de la legislación española*, publicado por la «Revista de los Tribunales», 56 (1933), pág. 200 y sigs. RUIZ, J., *O. c.*, t. III, pág. 1054 y sigs.

(101) CASTAÑ TOBRÑAS, J. *O. c.*, t. I, vol. II, pág. 246. RUIZ, J., *O. c.*, t. III, págs. 34-37, núm. 523. Este autor señala como fecha del Decreto el 28 de julio de 1933.

(102) VALVERDE, C., *O. c.*, t. I, pág. 304.

niendo: 1.º) que el Decreto de 20 de agosto de 1931 sea derogado por Ley de 2 de junio de 1933, y 2.º) que el artículo 13 del Decreto de 27 de julio de 1933 se refiere solamente a las confesiones religiosas y no a las órdenes y congregaciones religiosas. Por tanto, éstas tienen la libre disposición de sus bienes y no necesitan la autorización del Ministerio de Justicia para la enajenación de inmuebles ni tampoco para la inscripción a favor de los adquirentes. Se preceptúa, no obstante, que cuando las Ordenes o Congregaciones religiosas efectúen una venta o dispongan de otros bienes o valores de su propiedad; lo pongan en conocimiento del Ministerio de Justicia, sujetándose a lo dispuesto en el Decreto de 27 de julio de 1933, para los efectos de la relación de bienes que tiene que obrar en el expediente ministerial abierto a las comunidades.

En esta situación y con alternativas, más o menos notables, llegamos a nuestro Alzamiento Nacional y fin de la guerra. A partir de ésta, la legislación cambia de rumbo, volviéndose a la línea tradicional en cuanto la capacidad jurídica de la Iglesia, Comunidades, Fundaciones y herencias a favor de las mismas.

La legislación del nuevo Estado restauradora de la tradición nacional deroga por Ley de 2 de febrero de 1939 la de 2 de junio de 1933.

Las Ordenes religiosas recobran así la situación que tenían en España con anterioridad a la Constitución de 9 de diciembre de 1931 (103).

El año 1939 por Ley de 2 de marzo y Orden 11 del mismo mes y año, se legisla sobre la contribución territorial de bienes eclesiásticos (104).

Por Orden de 31 de mayo de 1939 se decreta la devolución de los objetos de culto y bienes recuperados, pertenecientes a la Iglesia, comunidad o instituciones religiosas (105).

El mismo año 1939 y por Ley de 30 de diciembre, artículos 9 y 10 se declaran exentos de impuestos reales, las Iglesias, Mitras, Cabildos, Congregaciones, Asociaciones religiosas, que demuestren que sus bienes figuraban a nombre de persona interpuesta (106).

Por Ley de 12 de enero de 1940, artículo 5.º y Ley de Reforma tributaria, artículo 117: «Se declara exención de impuestos, sobre bienes de las personas jurídicas, de las cosas muebles de carácter sagrado de los edificios de culto católico, de los Seminarios etcétera (107). Igualmente por Orden de 7 de julio de 1941 (108).

(103) CASTÁN TOBEÑAS, J., *O. c.*, t. 1, vol. II, pág. 342.

(104) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1939, pág. 151.

(105) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1939, pág. 89. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de marzo de 1939.

(106) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1940, pág. 33 y sigs.

(107) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc.*, antes c., pág. 35 y sigs. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de enero de 1940.

El Decreto de 22 de julio de 1941 exime a la Iglesia del pago de derechos establecidos en el artículo 33 de la Instrucción de 7 de agosto de 1939: «Devoluciones de títulos mobiliarios recuperados pertenecientes a la Iglesia» (109). Este Decreto, publicado en el *Boletín Oficial* del 17 de julio, amplía a las devoluciones de los referidos títulos de la Iglesia la exención concedida a los bienes de las instituciones benéficas y benéfico-docentes por Decreto 17 de octubre de 1940 (110).

Durante los años 1941 al 1950 aparecen nuevas leyes (Ley de 22 de julio de 1942, Ley de 31 de diciembre de 1942, Ley de 31 de diciembre de 1942) referentes a la tributación e impuestos reales (111). El año 1949 por Ley de 21 de abril se reforman los artículos 50, 100, 101, 126, 149, 152 y 165 al 181, variando el epígrafe y agregando otras disposiciones, se declara de modo expreso la vigencia del Decreto de 22 de julio de 1948 por el cual: «se considera comprendida a la Iglesia Católica entre las Corporaciones de Derecho público a efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos» (112). En los años 1950 a 1953 se decretan nuevas normas sobre inscripción en el Registro de la Propiedad y nuevas tarifas tributarias.

Por Ley de Régimen Local (113), 16 de diciembre de 1960, se deroga en parte el texto articulado de Ley de Régimen local (Ley 17 julio 1945) y se pone en vigor el 1 de marzo de 1951. En el libro IV de esta Ley de Régimen Local, capítulo V, Sección 2, artículo 468 número 2, artículo 472, artículo 518, 1.º-i, se contienen las principales disposiciones referentes a la Iglesia, Comunidades, Fundaciones, etc., en orden a la tributación (114).

#### 4.º *El Concordato de 1953.*

Omitiendo otras leyes de menos importancia pasamos a considerar los artículos principales del Concordato, celebrado entre la

(108) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1941, pág. 641.

(109) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1939, pág. 185. *Apéndice* año 1941, pág. 606.

(110) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1940, pág. 463; *Apéndice* año 1941, pág. 606.

(111) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc.*, año 1946, pág. 357; ARANZADI, *Dicc. de Legislación*, t. 2, núm. 2.386 y sigs.

(112) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc.*, año 1940, págs. 43-47. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de abril de 1949.

(113) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc.*, año 1950, pág. 803.

(114) En el volumen publicado a raíz de la III Semana Española de D. Canónico (Comillas, 2 al 10 de agosto de 1949), que lleva por título *El patrimonio eclesiástico*, se insertan una serie de ponencias de D. Desiderio López Ruyales: *La Iglesia y la legislación de beneficencia*, y de D. José Maldonado, *Las causas pías ante el Derecho civil*, tratan de resolver el difícil problema de la limitación de poderes y competencia en materias mixtas, págs. 247-266 y 387-412, respectivamente, de *El patrimonio eclesiástico*.

Santa Sede y el Gobierno Español el 17 de agosto de 1953 (115).

Este Concordato reviste especial importancia desde el momento en que el Código civil, en su artículo 38 actualmente en vigor declara: «La Iglesia se regirá en este punto (posibilidad de adquirir, poseer, contraer obligaciones, y ejercitar acciones civiles...) por lo concordado entre ambas potestades.»

La revista *Ecclesia* número 642, del 31 de octubre de 1953 publicó una serie de artículos de relevantes personalidades, a través de los cuales se comentan los puntos básicos del Concordato y se destaca la importancia del mismo.

Bajo el título «El Concordato de 1953» la Facultad de Derecho de Madrid, publicó el ciclo de conferencias pronunciadas en dicha Facultad durante el curso 1953-54 (116).

Estos trabajos y otros estudios monográficos de gran valor científico aparecidos en diversas revistas y anuarios han sido consultados y la doctrina que exponemos es un resumen de los mismos.

Después de establecer en el artículo 1 que la Religión Católica, Apostólica, Romana, sigue siendo la única de la Nación Española, con los derechos y prerrogativas que le correspondan en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico, el nuevo Concordato reconoce a la Iglesia Católica, artículo II el carácter de *societas perfecta*. Esto supone que la Iglesia es independiente dentro de su esfera, sin subordinación a otra sociedad, con un fin propio y unos medios adecuados para su consecución.

Don Gabriel del Valle, abogado del Estado, comenta este artículo II del Concordato con las siguientes palabras: «El reconocimiento que hace el Estado Español de la Iglesia como *societas perfecta* (art. 2), se traduce en el artículo 4.º reconociendo asimismo la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de la Iglesia y de sus instituciones y asociaciones hoy existentes o que en lo sucesivo se creen: no hay más limitación que la erección o aprobación canónica de los organismos que integran la plena estructura de la Iglesia, sea puesta en conocimiento del Estado» (117).

Dice así el artículo IV & 1: El Estado Español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho Canónico en particular a las Diócesis con sus instituciones anejas, a las parroquias, a las Órdenes y Congregaciones religiosas, a las sociedades de vida común y los Institutos Seculares de perfección cristiana ca-

(115) MERCATO, A., *Raccolta di Concordati*, t. II, págs. 271 y ss. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc.*, año 1953, págs. 779 y sigs. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de noviembre de 1953.

(116) *El Concordato de 1953*: Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Madrid, curso 1953-1954, Madrid 1956.

(117) Rev. «*Ecclesia*», núm. 642, octubre 31 de 1953, pág. 9.



nónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas.

2) *Gozarán de igual reconocimiento* las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España, por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.

3) La gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas y la vigilancia e inspección de dicha gestión de bienes correspondrán a las autoridades de la Iglesia.

«En el artículo IV del Concordato —escribe el P. Cabreros de Anta— el Estado español reconoce también como necesaria derivación de la doble prerrogativa anterior (*societas perfecta* [art. II] *personalidad jurídica internacional* de la Santa Sede [art. III, 7], *la personalidad jurídica a todas las instituciones y asociaciones religiosas* constituidas en España según el Derecho canónico. Esto equivale a decir que las personas jurídicas eclesiásticas son al mismo tiempo personas jurídicas ante el Derecho civil y lo son automáticamente por el mero hecho de constituirse según el derecho canónico, con anterioridad al cumplimiento de los requisitos señalados por la Ley civil.

El reconocimiento *de la personalidad civil* de todas las entidades jurídicas eclesiásticas es una de las estipulaciones de mayor transcendencia jurídica y práctica que se contienen en el Concordato, y uno de los más altos principios que moderan y armonizan las relaciones de la sociedad eclesiástica y de la civil.» (118).

El Concordato de 1851 garantizaba los derechos de la Iglesia como persona jurídica en los artículos 41 y 43. En ambos artículos se garantiza y reconoce a la Iglesia el derecho de adquirir por cualquier título legítimo y de dirigir y administrar lo perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, según la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente. Estos artículos, a primera vista tan respetuosos, quedan de antemano desvirtuados por los artículos 29 y 30 que prohíben establecer nuevas casas religiosas y niegan prácticamente los derechos propios de las personas jurídicas eclesiásticas.

Los derechos de las personas jurídicas eclesiásticas han quedado definitivamente reivindicados en el artículo IV del actual Concordato, cuya redacción aventaja en el concepto y en la forma a todas las leyes precedentes, sobre la misma materia (119).

Para García Valdecasas la noción de la personalidad civil de la Iglesia depende del concepto que se tenga del Concordato.

(118) CABREROS DE ANTA, M., *Reconocimiento de la personalidad civil a las personas jurídicas eclesiásticas. Artículo IV del Concordato*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 7 (1954), 19.

(119) CABREROS DE ANTA, M., *Art. c.*, pág. 30.

Después de analizar las dos teorías curialista y legalista, añade el señor Valdecasas: «A estas dos teorías se opone una teoría que ofrece dificultades de construcción, pero que ciertamente aparece con una fundamentación muy clara. Es la teoría de las dos potestades. El Estado es una potestad en sí perfecta, es una potestad en sí autónoma, independiente. La Iglesia por su parte, lo es también. Hay entre ellas esta diferencia. La Iglesia tiene su fundación divina, un origen divino; está intituída por derecho divino, sobrenatural y desarrollada por derecho natural y positivo. El Estado, en cambio, tiene su fundamentación en una ordenación natural de la sociedad, de la cual nace necesariamente la forma de Estado; el Derecho natural es el fundamento último del Estado...

Desde el punto de vista de esta doctrina, el Estado es una sociedad que subsiste con sus fines naturales, con plena autoridad e independencia, que es soberana *in suo ordine* —en el orden de sus fines— como es soberana la Iglesia en el orden de los suyos...

La Iglesia no existe por merced del Estado como el Estado tampoco existe por merced de la Iglesia. El Estado debe su ser, que es moralmente bueno, al bien común y al orden natural, no a la consagración por la Iglesia ni al orden sobrenatural de la gracia. La Iglesia debe su ser a la institución de Cristo y trasciende en su existencia a los Estados como trasciende en sus fines sobrenaturales a los fines naturales de éstos... Si esto es así, entonces lo que resulta claro es que la personalidad de la Iglesia frente tal Estado o la personalidad del Estado frente a la Iglesia nos parece ya como «dada antes del Concordato» (120).

Si somos consecuentes con estos principios, llegaremos a la misma conclusión de Valdecasas: «La personalidad —incluso civil— de la Iglesia no se funda en el Concordato, sino al revés: el Concordato se funda en la existencia de esa personalidad. La paradoja (aparente) se resuelve, porque si es cierto que el Concordato parte de la personalidad de la Iglesia, no lo es menos que, por ello mismo en él se articula concretamente la esfera de actuación de la Iglesia y también —y ello es de suma importancia— la de los entes eclesiásticos.»

El Estado Español «reconoce», en el artículo IV del Concordato vigente, la personalidad jurídica de las entidades eclesiásticas... cuya personalidad jurídica eclesiástica —como magistralmente expone el P. Cabreros— se crea por el Derecho positivo divino o por el Derecho positivo eclesiástico. Por esto, la autoridad civil no otorga la personalidad jurídica a las entidades eclesiásticas, sino que reconoce dicha personalidad como ya existente.

No se trata, pues, de un reconocimiento constitutivo, mediante el cual la Iglesia o sus instituciones adquieren existencia jurídica con capacidad para realizar las tres funciones que le son propias:

(120) GARCÍA VALDECASAS, *La personalidad civil de la Iglesia y la naturaleza jurídica del Concordato*, «El Concordato de 1953», pág. 146 y sigs.

adquirir, poseer y administrar, ni se trata tampoco de un reconocimiento meramente declarativo, que apenas dice nada, sino más bien de un supuesto implícito, de una presuposición recíproca entre el Estado y la Iglesia cuando entre sí concuerdan (121)

El artículo XII, más que solucionar, plantea el problema de las capellanías y fundaciones piadosas. Por eso comenta el doctor Miguez: «El artículo 12 no contiene una disposición normativa, sino simplemente una estipulación, en virtud de la cual ambas partes contratantes se obligan a regular en acuerdo aparte, y lo antes posible, cuanto se refiere al régimen de capellanías y fundaciones pías en España» (122).

Artículo XVIII: La Iglesia puede libremente recabar de los fieles las prestaciones autorizadas por el Derecho canónico, *organizar colectas y recibir sumas y bienes muebles e inmuebles* para la prosecución de sus propios fines.

Si a este artículo unimos la exención fiscal de todos los ingresos que provengan del ejercicio de actividades religiosas propias del apostolado de la Iglesia (art. XX, núm. 3), nos encontramos de lleno ante un derecho y libertad reconocidos a la Iglesia para erigir institutos y centros de beneficencia con independencia absoluta de toda otra intervención, o bien para autorizar a personas físicas y morales fundaciones y establecimientos sostenidos con fondos de las mismas personas o de otras donaciones privadas.

El artículo XX fija por limitación el alcance de la potestad impositiva del Estado respecto de los bienes, las personas y las actividades de los entes eclesiásticos.

Artículo XX.—1. Gozarán de exención de impuestos y contribuciones de índole estatal o local.

- a) La Iglesia y capillas destinadas al culto.
- b) La residencia de los Obispos, canónigos y sacerdotes con cura de almas.
- c) Los locales destinados a oficinas de la curia diocesana y oficinas parroquiales.
- d) Las Universidades eclesiásticas y Seminarios diocesanos.
- e) Las casas de las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos y seculares canónicamente erigidos en España.
- f) Los colegios u otros centros de enseñanza dependientes de la Jerarquía eclesiástica que tengan la condición de benéfico-docentes.

2. Gozan igualmente de total exención tributaria los objetos destinados al culto católico.

5. «Las donaciones, legados o herencias destinadas a la construcción de edificios del culto católico o de casas religiosas o, en general, a finalidades del *culto o religiosas*, serán equiparados

(121) CABREROS DE ANTA, M., *Art. c.*, págs. 31 y sigs.

(122) Rev. «*Ecclesian*», núm. 642. Octubre 31 de 1953, pág. 24.

a todos los efectos tributarios a aquellos destinados a fines benéficos y benéfico-docentes.

En el Concordato se reconoce a la Iglesia católica como sociedad perfecta, con personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes. Igualmente se reconoce esta capacidad de adquirir y administración de bienes a las instituciones y asociaciones religiosas, constituidas según el Derecho Canónico, perteneciendo las gestiones y vigilancia de las mismas aun en materia económica a la autoridad eclesiástica.

Por el artículo XX, número 1 se concede el privilegio de exención total tributaria a los edificios, locales, etc., eclesiásticos, extendiéndose parcialmente este privilegio (según en núm. 5 del artículo XX) a *los legados, donaciones y herencias pías*, equiparándose a los destinados a fines benéficos y benéfico-docentes. En este artículo XX se recoge la exención establecida en el año 1910, que más tarde derogó la sectaria legislación republicana y que tiene vigor desde el año 1939.

Finalmente el artículo XXXIV al permitir a las asociaciones de Acción Católica desenvolver libremente su apostolado, bajo la inmediata dependencia de la Jerarquía eclesiástica, da un cauce amplio y legal al apostolado de caridad, organizado por los Secretariados de Caridad y demás Asociaciones integradas y dependientes de éstos.

«No podemos olvidar —dice el P. Albiol— que en el apostolado de la Iglesia, después del ministerio de la palabra, la oración y los sacramentos, está el de la beneficencia, que es fruto de la Caridad» (123).

El Tribunal Supremo en sus sentencias, y los Decretos-Leyes posteriores al Concordato, confirman la legislación concordada sobre herencias y legados píos, y son elementos indispensables en cuanto al régimen, tributación y demás, de estas instituciones que de algún modo pertenecen al Estado.

La Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, en sus artículos 468-1, 472, 250-1 y 565 determina las exenciones fiscales a favor de las Iglesias y locales o instituciones eclesiásticas (124).

El mismo año por Ley de 20 de julio, se modifica la Ley y Reglamento (7 Nov. 1947) sobre el impuesto de Derechos Reales y transmisión de bienes, donados o vendidos a los establecimientos de beneficencia e instrucción, sostenidos con fondos del Estado, Iglesia, etc., devengando en adelante el 1/2 por 100 si tuvieran carácter particular (art. 1.º y 2.º de la Ley de 20 de julio de 1955) (125).

(123) ALBIOL, E., *La Iglesia, madre y maestra de la caridad*, Madrid 1955, págs. 98, 99.

(124) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. de la Admón. Esp.*, año 1955, pág. 567. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de julio de 1955, pág. 4466.

(125) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Apéndice Dicc. Admón. Esp.*, año 1955, págs. 617 y sigs.

Por Orden de 12 de agosto y publicada en el *Boletín Oficial* el 3 de septiembre de 1955 se dispone: (Educaión Nacional). 1) Declarar con carácter general que las instituciones benéfico-docentes tienen derecho al beneficio de pobreza legal, sin necesidad de acreditarlos en el incidente especial que se refiere a los particulares por la Ley de Enjuiciamiento Civil para gozar de semejante privilegio (126).

La legislación tributaria fluctúa constantemente, las circunstancias y el cambio de valor monetario exigen una frecuente renovación legislativa, y a la vez, una atención constante para quienes hacen donaciones, legados o cualquier obra pía benéfica (127).

A estas conclusiones llegaba en el año 1910 don Víctor Covián en su trabajo sobre «Legados Píos», inserto en la «Enciclopedia Jurídica» (128) y que titulaba «Privilegios que se conceden a los legados píos».

«Ha de distinguirse —dice él— entre los derechos canónico y civil. En la legislación eclesiástica:

1) Aun antes del Código de Benedicto XV prevalece la intención, de forma que si por necesidad o ignorancia se omitieron en el testamento algunas de las solemnidades requeridas por la Ley se consideran válidos esos legados píos. (Canon 1513, párr. 2).

2) Aunque el testamento del hijo de familia sea nulo porque carezca de capacidad para testar, los legados píos que hayan hecho quedan subsistentes.

3) Las personas incapaces de recibir por testamento pueden adquirir legados piadosos.

4) Por Derecho común, el legatario que muere antes de que la condición impuesta se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos (art. 759 del Código civil, con la excepción del último párrafo del 799), no valdría la manda (Ley 34, título 9, Partida 6), es decir, caduca; no sucede lo mismo en el legado piadoso, pues otra persona del mismo estado u otro uso subsistirá al designado y el legado no desaparecerá.

5) Regularmente no se pueden pedir los legados al heredero antes que haya aceptado la herencia: «luego que el heredero entre en la herencia del testador», decían ya nuestros códigos antiguos (Ley 48, título 9, Partida 6); el legado pío puede serle reclamado antes de esta aceptación, si descuida hacerla o la repudia.

6) El legado pío está siempre sujeto a la distinción que hacen los juriconsultos de la expresión taxativa o demostrativa en lo

(126) MARTÍNEZ ALBUQUA, M., *Apéndice Dicc. Admón. Esp.*, año 1955, págs. 617 y sigs.

(127) La Ley y Tarifa para la exacción del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y el Reglamento de 15 de enero de 1959, regulan, en la actualidad, el aspecto tributario y fiscal de las herencias, donaciones y legados píos. ARANZADI, *Repert. Leg.*, año 1958, núm. 795 y año 1959, núm. 273.

(128) *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 21, págs. 210 y sigs.

referente a la caducidad del legado, cuando no se encuentra la cosa legada.

7) Los herederos no podían sacar la cuarta Falcidia de las mandas que deja el testador a la Iglesia o a otro lugar religioso, o a hospital, o a los pobres, o para redención de cautivos o alguna otra piedad. (Ley 4, título 9, partida 6.)

El Derecho civil, tal y como hoy se encuentra en el Código actual deja al legado pío entre los ordinarios y no se le otorga privilegio alguno (art. 887 del Código civil), ni lo menciona al establecer la prelación de créditos, artículo 1.924, pues los gastos de funeral (de ellos se habla ya en la Ley de Toro) (129) no figuran por el concepto de legados píos.

De suerte que la anterior doctrina y privilegios, si no se amparan por leyes posteriores o por el Concordato, tendrán un carácter puramente teórico.

Las fundaciones pías en España después de las evoluciones históricas por que han pasado entran hoy en el cuadro de la legislación positiva general, ya con el carácter de fundaciones pías propias (instituciones de beneficencia particular no docente), ya con el de fundaciones pías impropias (instituciones de beneficencia particular docente), Montes de Piedad, Pósitos píos y otras fundaciones análogas.»

Esto se escribía el año 1910. Hoy, a medio siglo de distancia, contamos con un Código canónico, cuyos títulos XXVII-XXX, del libro III, parte sexta, regulan todo lo referente a bienes temporales de la Iglesia.

El Concordato de 1953, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y declaraciones de las SS. Congregaciones, así como otras negociaciones complementarias; emanadas de la autoridad civil y eclesiástica, nos ofrecen luz suficiente para la adopción definitiva de los criterios que deben regir en materias «mixtas», en las cuales son competentes la Iglesia y el Estado.

---

(129) Nueva Recopilación, 10, 21, 9. Ley 30 de Toro.

## «Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario»

El día 12 de marzo de 1962 hubo fiesta grande en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidió el acto don Esteban Bilbao. A sus lados, académicos ilustres, miembros de la Junta de Gobierno de la Corporación y otras personalidades: el maestro Castán; don José Alonso Fernández, Director general de los Registros y del Notariado; señores Ubierna, Castejón, Fernández Cuesta, etc. Entre el público, numeroso y atento, juristas de diversa especialidad, y una nutrida representación del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, tanto de los jóvenes como de los maduros. En el estrado, frente a frente, dos Registradores ejemplares, insignes cultivadores de los estudios de Derecho hipotecario, y ambos Ramón de nombre: don Ramón de la Rica y Arenal, académico electo, y don Ramón María Roca Sastre, que va a contestar al primero.

El discurso de ingreso que va a leer La Rica tiene un título a la vez sugestivo y desazonante: "Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario". En él se adivinan enlazadas la visión de la realidad registral, la diagnosis de sus imperfecciones y la integración de sus normas en un orden homogéneo.

Comienza el señor La Rica su discurso de ingreso recordando a su predecesor en la Academia, don Nicolás Pérez Serrano. La figura de don Nicolás, maestro admirado de la mayoría de los presentes, es puesta de relieve con afecto y con justicia por el nuevo académico. Seguidamente justifica el disertante la elección del tema propuesto. No hacía falta la justificación para quienes conocen la dedicación humana y profesional de La Rica. Dos son, según confesión propia, los motivos del mismo: en primer lugar, la especialidad jurídica de don Ramón, Registrador por vocación y profesión, vinculado permanentemente a la práctica del Registro y a la cavilación de sus problemas. Además, la circunstancia feliz de conmemorarse, ahora hace un año, el centenario del régimen inmobiliario que implantó la Ley de 1861, lo que hacía propicio una reflexión general o de conjunto sobre nuestro sistema.

La primera parte de la lección de La Rica analiza la "Efectividad de la Inscripción". La realidad más patente en nuestro actual Derecho inmobiliario registral—empieza diciendo—, la que primero se advierte, es el gran valor efectivo de la inscripción en el Registro: es decir, los singulares efectos jurídicos que de ella se derivan, efectos no sólo relativos a la protección del sujeto que inscribe, sino también otros más extensos de orden público, oficial, social y estadístico. Limitándose a los primeros, es decir, a la eficacia de la inscripción sobre el derecho inscrito, y recogiendo una clasificación ya elaborada por el propio autor (1), distingue cuatro grupos de efectos: a) constitutivos; b) presuntivos; c) defensivos o inmunizantes; d) activos u operantes. Dentro de los

(1) "Valor efectivo de la inscripción". Ilustre Colegio Notarial de Valencia: Curso de Conferencias 1948. pág. 47 y siguientes.

efectos constitutivos incluye el disertante no sólo los supuestos de la hipoteca y la superficie, sino también los derechos de arrendamiento y de opción. Entiende La Rica que son estos últimos derechos que no alcanzan su plenitud real, que no son "verdaderos derechos reales" hasta que se inscriben, por lo que, sea cual fuere su primitiva naturaleza personal, es a través del Registro como alcanzan su eficacia real, de la cual la inscripción sería así elemento constitutivo (2). Al tratar de la titularidad arrendaticia, señala La Rica con cautela la excepcionalidad de las nuevas formas de arrendamientos protegidos, y cómo su enérgica protección legal queda al margen de la protección normal del Registro, aunque no llega a apuntar los arduos problemas que la actual legislación arrendaticia plantea al mecanismo registral (subsistencia del arrendamiento en período de prórroga forzosa sin necesidad de inscripción frente al nuevo dueño; extensión y límites de la inscribibilidad del derecho de retorno; mala fe del arrendatario; tanteo y retracto arrendaticio y Registro de la Propiedad; prioridad excluyente de la hipoteca sobre el arrendamiento, etc., etc., y tantos otros problemas no suficientemente estudiados aún en nuestra Patria). En fin, la inscripción es constitutiva no sólo por principio en los casos de adquisiciones a *non domino* protegidas por la fe pública registral, sino también respecto a toda la propiedad ya inscrita, en cuanto que no basta para su adquisición perfecta el contrato y la tradición, porque entonces no podría perjudicar a un titular posterior inscrito de la misma finca, según el artículo 32, siendo precisa la inscripción como complemento de la adquisición perfecta. En definitiva, la presunta energía constitutiva de la inscripción juega para la oponibilidad de los derechos, como hemos visto, y esto en sus dos manifestaciones, tanto de adquisición a *non domino* (art. 34 L. H.) como de mera oponibilidad (art. 32).

(2) Incide esta opinión sobre el viejo problema de si los derechos personales pueden convertirse en reales por la inscripción, cuestión que se suscitó principalmente al admitirse la inscribibilidad de la titularidad arrendaticia del Código civil. La objeción con que tropieza esa construcción es también clara: sea cualquiera el grado de publicidad de un derecho y la energía de su repercusión sobre los terceros adquirentes, mal puede pensarse que la naturaleza misma de un derecho pueda variar según sea o no objeto de inscripción. Por eso, a nuestro juicio, mejor que atribuir efectos reales a un derecho personal registrado, sería considerar al Registro como requisito no de "realidad" sino de oponibilidad. No se trata tanto de que el derecho tenga en su estructura la característica de un derecho sobre la cosa, sino de que pueda o no oponerse a los adquirentes posteriores de facultades sobre la misma cosa. Por otra parte, la vieja distinción entre derechos reales y personales ha perdido en la doctrina actual buena parte de su eficacia dogmática. La línea de separación entre ambas categorías resulta muchas veces difícilmente perceptible. Ni es cierto que se inscriban sólo los derechos reales ni resulta satisfactorio sostener que todo derecho inscrito produce efectos reales. Por eso en el tráfico actual de los bienes, al tratar de matizar su respectiva eficacia, quizá tenga más importancia que la distinción real —personal, la de oponible y no oponible. No es que una distinción venga a reemplazar a la otra; sino que, mientras no se encuentre otro esquema mejor, y al menos en cuanto a los limitados efectos de su repercusión sobre el tráfico, el criterio de la realidad puede ser suplido por el de la oponibilidad. La publicidad registral sería requisito de oponibilidad y la inscripción constitutiva en cuanto al efecto típico del Registro de subsistir frente a terceros. La diferencia de matiz viene a resolver el problema de la naturaleza unitaria del derecho, y centra el juego del Registro en su justa eficacia. La posición de la doctrina dominante, de que se hace aquí eco LA RICA, ha tomado el todo por la parte, al recoger la oponibilidad *erga omnes* del derecho real, que es así una de sus más importantes características, pero no la única, como base de aquella figura.



Al lado de los efectos constitutivos se contemplan los llamados efectos presuntivos de la inscripción o manifestaciones de la legitimación registral. Se incluyen aquí las presunciones *iuris tantum* (legitimadora general que releva de la carga de la prueba al titular inscrito: art. 36 L. H.; presunción de posesión—art. 38—relativa no al *ius possidendi*, sino a la posesión real y efectiva, comprensiva de la *accessio possessionis ad usucapionem*, según el artículo 35; y presunción de buena fe del artículo 34). En cuanto a las presunciones *iuris et de iure*, se señala la adquisitiva del artículo 34 y la presunción de título para usucapir derivada de la inscripción. Según La Rica, no es que se presuma el título, sino que la inscripción lo suple, con lo que se revela una vez más la dualidad normativa entre propiedad inscrita y no inscrita.

Los efectos defensivos o inmunizantes, los más numerosos, se traducen en la inmunidad frente a títulos no inscritos—consecuencia negativa de la oponibilidad registral—, ya en general, a través del artículo 32, ya en especial frente a títulos anteriores o simultáneos que, aunque cronológicamente preferentes, son postergados por su falta de inscripción (art. 17); en la necesidad de atacar el asiento del Registro al ejercitar acción contradictoria del derecho inscrito, por presumir exacto el contenido de aquél (art. 38); en la relativa inmunidad del titular inscrito frente a la usucapion contraria que recoge el artículo 36, y que exige respecto del tercer adquirente inscrito una especialísima diligencia para ser protegido, al menos en cuanto a los derechos susceptibles de contacto posesorio, lo que lleva a La Rica a calificar de pluscuamperfecto a este especial tipo de tercero, por su mayor exigencia. Creemos, sin embargo, que el titular inscrito que contempla el artículo 36 no es originariamente y en su esencia diverso del tercero protegido del artículo 34, estando sometida su protección a iguales requisitos. Lo que ocurre es que aquí se plantea un caso de especial virulencia, por la posible colisión entre las dos formas normales de publicidad: la posesoria y la del Registro. La posesión es la forma primaria y más normal de exteriorizar el derecho que se tiene sobre una cosa. Pero algunas veces la seguridad derivada de esa publicidad posesoria—más sencilla, pero más tosca—no basta para garantizar las necesidades del tráfico; otras no se acopla a la propia naturaleza de los bienes—muebles o inmuebles—; otras, en fin, no es posible—hipoteca, derechos sin posesión, etc.—. Entonces se arbitra la publicidad formal de los Registros públicos, más intensa, pero también más compleja. Normalmente, ambas formas de publicidad coexisten y se complementan recíprocamente. Excepcionalmente pueden entrar en colisión. Y en estos casos es natural que la concurrencia contradictoria de ambas publicidades exija, para que triunfe una sobre la otra, especiales cautelas. Tal el caso que nos ocupa. Por eso la cognoscibilidad cualificada del tercer adquirente que matiza su buena fe protegible no juega cuando es objeto de usucapión un derecho sin posesión. En fin, también, como manifestación de estos efectos defensivos, se recoge la exigencia del tracto sucesivo, que preserva al titular inscrito de las consecuencias de los negocios jurídicos que él no haya consentido, así como de los procedimientos de apremio, judiciales o administrativos, no dirigidos contra el mismo titular registral. Este a su vez no se ve perjudicado por las acciones de nulidad, revocación, resolución y rescisión cuya causa no conste previamente inscrita.

En cuanto a los efectos activos u operantes de la inscripción, se señalan: la publicidad formal absoluta del derecho inscrito, consagrada por el artículo 221 L. H.; la facultad dispositiva registral del titular; la acción privilegiada para la efectividad del derecho inscrito, que recoge el artículo 41 L. H., y la facultad de ejercicio judicial y administrativo del derecho inscrito en los términos regulados por el artículo 113 L. H.

En la segunda parte de su discurso insiste La Rica sobre la dualidad legislativa existente en nuestro derecho inmobiliario entre la propiedad inscrita, y la no inscrita, regida la primera por la L. H. y la segunda por el C. c., ampliando ideas más de una vez expuestas por su autor. En virtud de razones históricas bien concretas y claramente aludidas, la L. H. y el C. c. coexisten como cuerpos legales separados y, en algunas de sus soluciones, contradictorios. Consecuencia de ello es la dualidad entre ambos tipos de propiedades, realidad confirmada incluso por el propio legislador de la Reforma de 1944. El título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas; ese derecho real, nacido sólo al amparo de la legislación civil, no será esgrimible ni eficaz frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título e inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. En cambio, la propiedad no inscrita, regida exclusivamente por el C. c., se transmite mediante el título y el modo. Es necesario reconocer, por tanto, que la L. H., ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*; y que el C. c., fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia inter partes.

No es éste el momento para tratar de matizar la tesis de La Rica, tan discutida en nuestra doctrina, y no exenta de una realista visión del problema de la concurrencia de ambos tipos de normas; problema que se enlaza con el más amplio de delimitar el campo de aplicación del Derecho registral frente al Derecho civil, y de justificar las diversas soluciones de ambos, así como de investigar el criterio formal de imputación de una u otra norma jurídica. Queda también trabada entre las palabras del conferenciante la cuestión de las relaciones entre tradición y Registro: el ámbito de eficacia de la tradición; la virtualidad sustitutiva de la inscripción respecto aquélla; la concurrencia protectora de posesión e inscripción y sus interferencias; la presunta eficacia inter partes del negocio civil traslativo y el juego oponible de la posesión—real o instrumental—allí originada; la precisión de si en el Registro se inscriben derechos ya formados o meros títulos sin desplazamiento posesorio, si el objeto inmediato de la inscripción es el acto, aunque la publicidad—de la que la inscripción es instrumento—abarque el derecho todo, con la consiguiente extensión o reducción de la calificación registral a la *traditio*; la necesidad de combinar las adquisiciones derivativas con tradición de aquellas otras en que ésta no juega—sucesión hereditaria, derecho sin posesión, etc., etc.—y tantas otras cuestiones relacionadas con esta problemática.

La tercera parte del discurso está destinada a estudiar la "Prevalencia de la buena fe en el sistema registral inmobiliario". Partiendo de la buena fe como realidad evidente de nuestro Derecho registral, se concibe como un reflejo del humanismo jurídico preconizado por Castán. El juego, casi siempre

automático, y a veces drástico, de los efectos de la inscripción podría facilitar combinaciones y ardidés inmorales urdidos por la mala fe. El Derecho se da para la vida, para los hombres, y en las relaciones entre éstos deben imperar las reglas éticas representadas por la buena fe. Pero de esta realidad indudable pasamos en seguida al problema subyacente. La dificultad estriba en precisar cuándo y de qué modo puede verse, a través de una buena fe presumida, la realidad de una mala fe acreditada. Porque el requisito de la buena fe en los sistemas registrales es un arma de doble filo: un paso de más puede reducir el valor de los asientos a una simple formalidad estéril, y un paso de menos puede convertir el Registro en efectivo burladero que celestinee al fraude. La Ley de 1944 ha dado entrada explícita al requisito de la buena fe, recogiendo la interpretación jurisprudencial del T. S. La doctrina dominante entiende que la buena fe no va más allá del ámbito de aplicación de la fe pública registral, y que tal cualidad debe existir en el momento de adquisición del derecho registrado. Pues bien, La Rica cree que el requisito de la buena fe no sólo actúa en el campo de la fides pública, y que el artículo 36 perfila un concepto de buena fe más exigente o plusquamperfecto, del mismo modo que la regulación de la acción pauliana en el artículo 37 priva de protección por ausencia de buena fe al que es cómplice en el fraude (3).

Se estudian los efectos de la inscripción en relación con la concurrencia de la buena fe y se dice que los efectos constitutivos pueden paralizarse por falta de esa buena fe en el titular. Esto es natural si se piensa que la buena fe es requisito o presupuesto de aplicación del mecanismo registral, al menos en su vertiente protectora. Sin ella no hay protección registral. Igual ocurre con los efectos presuntivos, en que tanto la presunción del artículo 38—positiva—como la del 97—negativa—descansan sobre aquélla.

No parece, en cambio, exacto sostener, como hace La Rica, que los llamados efectos defensivos (salvo las inmunidades de los arts. 34 y 36) y los activos o de actuación jurídica no son afectados por la existencia o carencia de buena fe. En cuanto a los primeros, porque, sea cual fuere la forma de su manifestación (inmunidad frente a lo no inscrito—arts. 32, 17 y 38—o frente a lo no resultante del titular anterior—arts. 20 y 38—), tales inmunidades se traducen, en definitiva, en una protección o defensa del titular inscrito (defensa frente a algo existente, pero inoperante), y la ausencia de buena fe en éste hace inaplicables tales defensas. Si se prueba que el titular registral tenía conocimiento de otro acto no registrado, su protección frente a éste carecerá de base. Y lo mismo ocurrirá si la no inscripción se debe a falta de tracto, cuando a pesar de ello el que inscribió conocía lo no inscrito. En cuanto a los efectos activos, tampoco pueden *a priori* predicarse con ausencia de buena fe. Ciertamente que la facultad dispositiva registral del artículo 20 puede ejercitarse sin entrar a matizar la buena fe

(3) Podría objetarse frente a ello que tanto la protección del tercer adquirente en relación con la usucapción como las repercusiones de la rescisión sobre el tercero cómplice en el fraude no son más que manifestaciones o forma de de actuar del principio de fe pública registral, en cuanto que se precisan los límites de protección del titular registral frente a lo no inscrito. Según el grado de conocimiento del adquirente y su intencionalidad subjetiva se matizará en cada caso la extensión de su protección. Dicho sea como apreciación de mero detalle.

del disponente—que se presume: art. 34—; pero su situación privilegiada frente a los actos de disposición del verdadero dueño no inscrito no subsistirá si se demuestra que conocía esa titularidad extrarregistral. Otra cosa es que, en relación con el tercero que adquiere fiado en esa ilícita disposición, vuelva a entrar en juego la protección del Registro, precisamente en función de la buena fe del subadquirente. La inadmisibilidad de documentos no inscritos que establece el artículo 313 descansa en las mismas razones y en la presunción aparente de buena fe. Más dudoso sería negar el ejercicio del procedimiento del artículo 41 al titular inscrito sin buena fe en su adquisición. Quizá porque aquí la ejecutividad del trámite procesal se aviene mal con esa *ulterior matización*, sin perjuicio de que ésta pueda ser alegada y en su caso triunfar en el juicio declarativo correspondiente.

Ceemos, pues, que la buena fe debe estimarse quicio y requisito indispensable para el despliegue de la protección registral, en función de su misma finalidad de protección del tráfico.

El capítulo cuarto se dedica a las relaciones entre el Registro y la función social de la propiedad, realidad de las más efectivas y modernas—son palabras de La Rica—en nuestro Derecho registral inmobiliario, que no previeron ni pudieron prever los legisladores de 1861. Nuestro sistema se concibió para favorecer, en primer término, los intereses privados, y ello explica que la inscripción fuese voluntaria y la costeasen los propios interesados. Pero la situación ha cambiado. De una propiedad privada individual se ha pasado a una propiedad de marcado matiz social, o de interés público, que impone nuevos deberes a los propietarios en aras del bien común y para la satisfacción de las necesidades sociales. Tiene todo esto su apoyo en la doctrina pontificia, en las modernas Constituciones políticas y en las mismas leyes fundamentales del Estado español. Pues bien, esta función social que la propiedad debe cumplir, esta sujeción al bien común halla, por lo que respecta a la propiedad inmueble, en la institución del Registro de la Propiedad el instrumento más apto para el cumplimiento de aquellas funciones. El conferenciante recoge las modernas teorías que conciben al Registro de la Propiedad como un servicio público. Por todo ello, la política social del régimen español, con sus aplicaciones de colonización, construcción de viviendas, concentración parcelaria, patrimonios familiares, repoblación forestal, urbanismo, propiedad horizontal, etc., encuentra en el Registro una colaboración indispensable.

A continuación estudia el nuevo académico un problema acuciante, necesitado de urgente solución: el de la realidad física de las fincas y la conexión entre Registro y Catastro (4). La deseada coordinación tropieza en la práctica con serios obstáculos: la inscripción de fincas en el Registro fué previa en muchos casos al comienzo de los trabajos catastrales. Además, de nada serviría una coordinación momentánea, consecuencia de la voluntariedad de la inscripción. En fin, habría que distinguir entre la identificación registral de las fincas urbanas y la de las rústicas. La coordinación debe hacerse *a priori* en las

(4) Recordemos que el tema fue objeto de una documentada Ponencia y provocó animada discusión en el Congreso de Derecho Registral celebrado el año pasado con motivo del Centenario de la L. H.

inmatriculaciones y *a posteriori* respecto de las fincas ya inscritas, o sea, después de inscritos los títulos transmisivos o modificativos. Pero conviene reducir el tópico del Catastro a sus límites, que son, respecto al sistema registral, mucho más modestos de lo que la opinión general ha venido considerando.

En el capítulo sexto se plantea el problema de la sustantividad de la inscripción y de la inscripción obligatoria. Pocos temas más discutidos y contradictoriamente defendidos en el estado actual de los estudios inmobiliarios. El problema de la voluntariedad de la inscripción tiene para su resolución técnica dos caminos: el de la inscripción constitutiva, que descansa en la necesidad de la inscripción para la válida constitución de los derechos reales sobre inmuebles, incluido el dominio, y el de la inscripción obligatoria impuesta por el Estado a través de medidas coactivas. Mas, a juicio de La Rica, una u otra solución son, por hoy, de imposible realización total e inmediata. Tropiezan con la dificultad de tener que modificar buena parte de nuestro ordenamiento jurídico privado, y de que, al final, la realidad es siempre más fuerte que las previsiones del legislador. La voluntariedad de la inscripción consagrada por los legisladores de 1861, que pudo ser admisible en cuanto a la inmatriculación o ingreso de las fincas en el Registro, resultaba inconcebible para las fincas que ya habían sido inscritas y funesta para el éxito final de las nuevas instituciones. Dejando de lado el remedio puramente documental de los artículos 313 de la Ley y 486 del Reglamento, se hacen precisas con urgencia otras soluciones, transcurridos cien años desde la primitiva L. H. La solución no puede buscarse por el fácil camino de la utopía, como sería una obligatoriedad de la inscripción impuesta por la Ley con carácter general, frente a la opuesta realidad circundante, que la haría fracasar, o una declaración de sustantividad de aquélla, declarándola constitutiva, frente al contrario sentido de la ley civil fundamental y de nuestras tradiciones jurídicas. La Rica se muestra partidario del sistema de la inscripción obligatoria-progresiva, preconizada por López Medel. Y dentro de ella alude como supuesto de aplicación a la propiedad de extranjeros, bienes de Entidades locales, propiedades forestales, propiedades acogidas a beneficios de legislación social protectora (concentración parcelaria, urbanismo, viviendas protegidas, colonización, patrimonios familiares, permutas forzosas, etc.), concesiones administrativas y propiedad inmueble ordinaria de elevado valor.

En la séptima y última parte de su discurso, estudia el conferenciante "el mito del tercero". Afirma que el concepto del tercero no es unitario porque de la propia ley surgen varios y muy diferentes terceros al precisar los efectos de la inscripción. Distingue, en efecto, un tercero general o *penitus extraneus*, tercero indiferenciado o sujeto pasivo universal de los derechos reales. Frente a éste, el tercero hipotecario, causalhabiente inscrito con título oneroso y buena fe de un titular registral anterior: tercero perfilado y protegido por el artículo 34. Entre ambos, destaca la existencia de otros tipos de terceros diversamente regulados en la L. II. Así el tercero en relación con el aplazamiento de pago no garantizado expresamente (art. 11); el que lo es en relación con las fincas adjudicadas por herencia o legado a favor de herederos no forzosos (art. 28); el protegido frente a la nulidad formal de las inscripciones (art. 21); el tercero del artículo 32 no perjudicado por lo no inscrito que, según Núñez Lagos no necesita de onerosidad ni buena fe; el protegido frente a la uscapción consumada o que se consume

en el año siguiente a su adquisición (art. 36); el tercero frente a la cancelación (art. 76) o frente al pago de intereses de créditos hipotecarios (art. 114) o frente a la modificación de la hipoteca inscrita (art. 144), y otros muchos casos más, para cuyo examen remitimos a la lectura del texto íntegro. A pesar de lo cual, el mito del tercero ha dejado de serlo, y hoy no debe ser difícil precisar en cada caso frente al texto legal, qué persona o titular se encuentra en la posición de tercero, ya se trate de tercero civil general, o del tercero normal registral o del especialmente protegido por la fe pública del Registro.

Creemos, sin embargo, que el problema de determinar la situación jurídica del tercero debe ser simplificado y reducido a sus justos límites. Frente al tercero civil, el registral es el titular inscrito que refleja el art. 34 y con los requisitos en él establecidos. El tercero se nos aparece así como destinatario de la protección del Registro. La tesis que niega la exigencia de buena fe para el tercero del artículo 32 no parece bastante convincente por cuanto la no oponibilidad que dicho artículo establece mal se aviene con el hecho de conocer la existencia del derecho cuya virtualidad se niega. Igual ocurre con el requisito de la onerosidad, necesario cuando la protección del tercero implique pérdida del derecho de otro titular, y sin perjuicio de reconocer que el *adquirente a título gratuito* goce de igual protección —pero no más—, que la de su causante. En este tipo general de tercero protegido o subadquirente en relación con el Registro del artículo 34, encaja buena parte de los supuestos aludidos de tercero. Sólo cuando la protección de éste exceda de la normal del Registro, y trate de quedar inmune frente a una especial situación con publicidad posesoria de hecho, es natural que la mayor densidad de la tutela imponga una mayor cualificación de sus requisitos. No es que deje de ser o sea algo distinto del tercero, sino que lo es frente a una realidad distinta, más difícil de quedar desvirtuada.

El discurso del nuevo académico es contestado en nombre de la Corporación por don Ramón María Roca Sastre, quien traza la biografía personal y la jurídica del recipiendario con palabra justa no exenta de afecto. La actividad profesional de LA RICA, su intervención en diversas Comisiones legislativas, en el Colegio de Registradores a través de sus cargos más representativos y honoríficos, sus estudios, conferencias y trabajos son recordados nuevamente. Es toda una vida dedicada con brillante asiduidad a los temas del Registro. Roca Sastre centra su contestación principalmente en torno a dos de los problemas bosquejados por aquél.

En cuanto a la coordinación de Registro y Catastro, piensa Roca que si bien la identificabilidad registral de las fincas rurbanas es casi perfecta, la posible inmatriculación de fincas imaginarias llega a crear verdaderos problemas a las víctimas afectadas, casos que aunque sean excepcionales, los hace posibles la ausencia de un buen Registro fiscal urbano unida a la actual facilidad inmatriculadora del Reglamento Hipotecario. Problema que sube de punto en materia de fincas rústicas, donde no existe un buen Catastro, y que se traduce más que en la inscripción de fincas inexistentes en la práctica de la doble inmatriculación. Con un perfecto sistema de Catastro y con menos licencia inmatriculadora en los lugares donde impera la Ley Hipotecaria, este conflicto no podría darse tan fácilmente.

En relación con la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva y el de inscripción obligatoria o coercitiva, no cree Roca en el decisivo valor de estos pretendidos remedios como procedimientos idóneos para que la Ley Hipotecaria sea vivida con igual amplitud en todo el ámbito de España. El problema es producto de un variado complejo de circunstancias. Implantar, no de una vez, sino progresivamente el régimen de inscripción constitutiva parece idea excelente que debe encontrar acogida en el cauce legal correspondiente. Pero ni siquiera es bastante. Sólo cuando el Registro de la Propiedad haya entrado a fondo en toda España será posible establecer la inscripción constitutiva; y entonces sobrará el remedio por superación de la medida. Por lo demás, tampoco con la inscripción constitutiva desaparece —como pretenden algunos— la figura del tercero hipotecario, ni las situaciones de adquisición *non domino*, heredero aparente, etc. Al lado de las soluciones legislativas, hay otras de tipo psicológico, y siempre sin olvidar la distinción entre propiedad rústica y urbana, y los distintos tipos según extensión dentro de cada una, así com la necesidad de reducir la presión fiscal en la pequeña propiedad.

La sesión termina entre felicitaciones y aplausos. El discurso de La Rica ha sido preciso, claro. Sobró de expresión y recio de contenido. Iluminando y poniendo de relieve consideraciones alumbradas en muchos años de preocupada meditación. Si la realidad entera es problemática, La Rica ha sabido trazar el esquema de algunas realidades del Registro de la Propiedad español para bucear en los problemas que encierra. Pero ha sido sobre todo un estudio lleno de inquietantes sugerencias. Sea cualquiera la opinión que se sustente en torno a las cuestiones planteadas, los que trabajamos alrededor del Registro no podemos mostrarnos indiferentes a esas acuciantes realidades. En estos momentos de profunda transformación de la realidad social española y de renovado brío en los estudios de Derecho registral, el discurso de ingreso de don Ramón de La Rica en la Academia de Jurisprudencia, no puede pasar desapercibido para los estudiosos del Derecho.

Manuel AMORÓS GUARDIOLA

*Registrador de la Propiedad*

## NOTICIAS

### A) Nacionales

#### Curso de conferencias sobre «Cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia», dado en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

**Señor don Luis Díez-Picazo Ponce de León, Abogado, Juez de Instrucción**  
**excedente: "Formalismo y mecánica de la justicia. El saber pedirla".**

Tomó pie el conferenciante en la proyectada reforma de las leyes orgánicas y de enjuiciamiento, para señalar que esta reforma no puede ser improvisada ni tampoco accidental, no debiendo limitarse a recortar trámites, suprimir incidentes o abreviar plazos. Tiene que ir más al fondo de las cosas y preguntarse si el concepto de proceso que actualmente se mantiene continúa poseyendo vigencia o, si por el contrario, ha de ser sustituido por otro. En el actual estudio de nuestra organización procesal es perfectamente posible e incluso frecuente que quien tiene la razón en un litigio no la obtenga porque no la ha sabido pedir, porque no ha dado cumplimiento a los trámites, a las formas, a los ritos. Nuestro proceso es fundamentalmente ritual donde se persigue más el cumplimiento de unas formas que la indagación del conflicto real y dramático que existe entre los litigantes. El formalismo conduce, además, a una historificación de litigio, es decir, a que el Juez no conozca el conflicto real, sino la historia del mismo que los Abogados cuentan. Conduce también, cuando la justicia se burocratiza, a una huida a la línea de menor resistencia. .

Trató a continuación el conferenciante sobre el fundamento del formalismo como medida de seguridad jurídica y como garantía del derecho de las partes. para llegar a la conclusión de que este fundamento es notoriamente insuficiente.

Finalmente esbozó las líneas que debería seguir la organización del proceso, el Juez, dijo, debe asumir la dirección del proceso y tratar por todos los medios que hasta él llegue el conflicto real reclamando para ello los antecedentes precisos rectificando oposiciones, indagando, pidiendo pareceres, etc.

Debe llegarse de esta manera a un tipo de proceso donde el que tenga la razón, la vea reconocida aunque no haya sabido pedirla.

**Señor don Rubén Manuel de Marino y Borrego, Juez de Primera Instancia e Instrucción: "La estática de los contratos duraderos".**

Puso de relieve el conferenciante la falta de cultivo de tal categoría contractual de lo que naturalmente deriva la poca madurez de su concepto habiéndose empezado a construirlo en el siglo xx gracias a los trabajos de Gierke, Kruckman, Osti, Beitzke, Oppo, etc. Debido a la enorme extensión del tema, se limitó a presentar la estática de la categoría, fijando su esencia estructural caracte-



rística y dejando a un lado la dinámica de tales contratos duraderos, representada por la disciplina jurídica que en cierto modo constituye una comunidad normativa.

Partiendo de que en los contratos el tiempo puede afectar a su formación y a su ejecución, se detuvo a explicar, muy prolijamente, esta última faceta que es la que proporciona la duración de los contratos en el sentido propio del tema de la conferencia, es decir, la prolongación de su efectividad, que el conferenciante llama reiteración, por constituir tan singular acto de cumplimiento una constante reproducción de los efectos contractuales. Busca la homogeneidad del concepto excluyendo la influencia del tiempo en lo que no sea la satisfacción de intereses permanentes y durablemente pactados como prestación fundamental la ejecución de obligaciones necesarias no se conviene con el tipo a que alude.

Pasa después al estudio de la relevancia jurídica de la duración en sentido técnico, centrándolo sobre el elemento objetivo "prestación" y en el momento de la "extinción" de la relación jurídica, dando así entrada al concepto de los contratos duraderos que estima está formado por aquellos cuyo cumplimiento, prolongándose temporalmente, satisfacen desde un punto de vista económico necesidades permanentes y se halla medido por tiempo, cumpliéndose jurídicamente en forma duradera.

Clasifica estos contratos en continuados y reiterados, aquellos ininterrumpidos y estos intermitentes; en periódicos y saltuarios, según el ritmo de cumplimiento, y en reiterados-continuados y reiterados-transitorios. Distingue a seguido muy ampliamente, los contratos duraderos de los múltiples, plúrimos y diferidos, dándoles su verdadera categoría conceptual y práctica, para terminar su conferencia, excluyendo de la categoría analizada el contrato de fianza, por venir la obligación simplemente situada en un momento determinado, que no presupone cumplimiento duradero, el contrato de seguro, por análogas razones y el mutuo, analizando para ello a través del articulado del C. c. la auténtica esencia de esta relación jurídica, incompatible con la idea de una verdadera prolongación temporal de su efectividad. Califica como duraderos los contratos de carácter asociativo en general y el de arrendamiento, suministro, renta vitalicia, depósito y hospedaje y aquellos cuya finalidad es la estipulación reiterada de otros contratos, como se de cuenta corriente y apertura de crédito.

**Ilmo. Sr. D. César Camargo Hernández, Abogado Fiscal de la Audiencia de Madrid:** "La Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y su repercusión en la teoría general de la culpa".

Inició su conferencia rebatiendo los argumentos por los que se estima que el acto culposo debe ser originariamente lícito, demostrando que lo que sustancialmente califica los delitos de culpa es que el resultado no sea querido, con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del acto originario, bastando que el agente quiera dicha acción. Presenta a seguido la triple etapa por la que ha discurrido la doctrina científica, pues de la licitud del acto no sólo ante el total ordenamiento jurídico sino ante la moral, se pasa a la restricción notable del campo de la ilicitud, bastando que sea penalmente lícito, para desembocar en la úl-

tina fase, que prescinde por completo de tal requisito, considerando a Groizará como genuino representante de la primera etapa, a Silvela como paladín de la segunda, en cuanto para él el acto ha de consistir en un hecho calificado de delito o falta, ya Cuello Calón como representante de la tercera etapa.

A continuación hizo un minucioso estudio de la doctrina de Welzel, para quien el tipo del injusto en los delitos culposos abarca las lesiones de los bienes jurídicos no realizadas finalísticamente, sino por conductas que precisamente no van orientadas contra el ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los delitos dolosos; contempla después el problema de la necesidad de la licitud del acto originario en la doctrina del Tribunal Supremo, poniendo de relieve cómo las sentencias de dicho Tribunal han tenido una evolución paralela o al menos parecida a la doctrina científica, citando las resoluciones que a su juicio condensan más claramente la postura adoptada por dicho alto Tribunal.

Atribuyó la sustitución de la llamada primera etapa al párrafo 2.º del artículo 565 del Código Penal, al sancionar la simple imprudencia o negligencia con infracción de Reglamentos, más la fórmula decisiva según el conferenciante de la moderna tesis se debe a la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, sobre la que se ha producido una jurisprudencia que elimina el requisito de la licitud del hecho originario para la apreciación del delito de imprudencia temeraria, mostrándose totalmente conforme con ella, y expresando su deseo de que se generalice tan recta doctrina.

Terminó su conferencia haciendo una clara distinción de los delitos culposos y los preterintencionales, basada tanto en el bien jurídico lesionado como en el número de infracciones que constituyen ambas categorías delictuales.

### **Ilmo. Sr. D. Francisco Bernardo Castro Pérez, Magistrado: "Consideraciones sobre el delito emocional".**

Destacó el conferenciante, en primer término, cómo si el Derecho penal trata de juzgar conductas personales, y no abstractas y determinadas entelequias, es preciso que se parta de un perfecto conocimiento de la íntima naturaleza del hombre.

Presenta como factores criminógenos la pasión y la emoción, considerando ésta como la irrupción violenta y fugaz de una carga afectiva en el campo de la conciencia y aquella, como una emoción en permanencia producida por una incapacidad del sujeto para derivar dicha carga afectiva, conceptos ambos que explica en base de teorías médicas, intelectualistas y filosóficas. Pasó revista a los modernos descubrimientos sobre la estratificación y sobre los diversos niveles mentales que en parte contribuyen al conocimiento de los mecanismos psíquicos y somáticos de la emoción y de la pasión, para a continuación fijar su atención sobre los estudios de Freud citando el aparato anímico en un compuesto o complejo integrado por el "yo" el "superyo" y el "ello", respectivamente calificados por la razón, la moral y las pasiones indómitas: el hombre es, por tanto, dice, un ser trágico dividido entre la naturaleza y la cultura y el resultado del antagonismo entre las fuerzas instintivas y sociales que actúan sobre el individuo desde su nacimiento hasta su muerte. Analiza muy detenidamente la doctrina fisiológica del Cannon que representa al cerebro humano

dividido en dos grandes zonas, la intelectual y la instintiva, dando lugar sus interferencias y conexiones a los actos reflejos pasionales y conscientes, lo que explicaría predisposiciones al delito en individuos de defectuosa o irregular constitución cerebral, por lo que afirma que el verdadero delito emocional se da en individuos de constitución normal llevados al delito por emociones tan fuertes a las que no podían sustraerse la mayoría de los hombres, al lado de los que delinquen por defecto mental o inmadurez cerebral, que producen una impotencia del núcleo "yoico" que desemboca en la inimputabilidad, hasta el punto, dice, que la jurisprudencia de los Tribunales de naciones como Italia y Brasil que no admiten en sus códigos las circunstancias emocionales de atenuación, han realizado una equiparación a la enfermedad mental, con el fin de dotar a tales impulsos de efectos reductores de la penalidad.

A continuación realiza un metódico análisis de las circunstancias 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del artículo 9.º del Código Penal español, como atenuantes, y la de exención de responsabilidad contenida en el párrafo 10 del artículo 8.º, afirmando respecto de esta última que ha sido excesivamente objetivada, cuando la verdadera motivación miedosa hay que buscarla en la personalidad del individuo amedrentado, exigiendo por regla general la existencia de una tara patológica en el individuo, siendo suficiente, según numerosas sentencias del Tribunal Supremo, que fuera padecida con anterioridad al suceso u originada simultáneamente por la atracción emocional.

Se extiende a continuación sobre la conveniencia del internamiento de los delinquentes pasionales, para terminar su conferencia presentado un tercer tipo de delincuente, normalmente calificado por el repetido abandono a los estímulos de una pasión determinada, como los coléricos, injuriosos, orgullosos, avaros, etc., para los que no deben llegar los beneficios penales, porque la libertad es una conquista que hay que lograr día a día a costa de esfuerzos y renunciaciones, y el derecho penal debe perseguir la adaptación del individuo a unos valores que sean módulos de exigencia en una sociedad justamente organizada.

**Excmo. Sr. D. Antonio Reol Suárez, Fiscal general del Tribunal Supremo: "Consideraciones sobre una reforma del proceso penal".**

El conferenciante parte del sentido católico que debe llevar toda reforma del proceso; combate el materialismo de la hora presente, y reivindica el espíritu español como la mejor escuela de europeísmo. Aboga por que la Ley penal quede inmersa en un humanismo cristiano, podando el árbol del delito y llevando a un código antisocial, lo que en esencia no es delito. Combate la especialización y el exceso de tecnicismo, estimando monstruoso que un "especialista", que un perito ocupe el lugar del Juezador, usurpando al jurista su sitio, cuestión distinta es que el Jurista, como Juez, esté auxiliado por los "especialistas". Combate la especialización que los doctrinarios procesalistas adjudican al Ministerio Fiscal como parte acusadora; niega que sea parte, ni acusadora, es sencillamente miembro del órgano jurisdiccional, con la misión de pedir justicia; más aún, de acomodar el derecho a la Justicia, en su petición ante el miembro decisorio del órgano jurisdiccional. Alude a los especialistas Jueces

de Menores, y pide queden fuera del Código Penal los enfermos mentales, creándose unos Jueces "especialistas" para conocer de los actos perturbadores de la sociedad, cometidos por estos enfermos. Niega la conveniencia de que el Instructor y el Juzgador sean una misma persona; eso viene bien si prospera la teoría de que el perito especialista sea Juzgador, pero es improcedente cuando el Juzgador es un jurista. Desde este punto de vista, estima contrario a la esencia del proceso penal la doble instancia, el juicio de conciencia que hace el jurista juzgador no tiene otra revisión, salvo los términos técnicos de la Casación que Dios. Se refiere, por último, a los procedimientos para lograr la confesión del reo, señalando los peligros de marcoanálisis, y terminando afirmando que toda reforma del proceso debe inspirarse en un orden natural y cristiano.

Jesús CARNICERO y ESPINO  
Magistrado.

## B) Extranjeras

### Actividades del «Instituto de Derecho comparado italo-ibero-americano» de Bolonia

De acuerdo con el programa didáctico previsto para el curso 1961-1962 el "Instituto de Derecho comparado italo-ibero-americano" ha desarrollado en su sede del Real Colegio de España en Bolonia un nutrido programa de lecciones y conferencias, iniciado con la propulsión del Prof. Gino GORLA, sobre el tema "Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto (le forme di azione)", de la que hemos dado noticia en el último fascículo de este ANUARIO, y que ha cerrado, el pasado 28 de mayo una conferencia del Prof. Giorgio Bo, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Génova y Ministro de las Participaciones Estatales, disertado sobre "I Paesi del terzo mondo".

El programa comprendía una serie de cursillos, de introducción al derecho comparado (Prof. G. Bernini), terminología (Profs. Sereni, Rescigno y Verdera) y metodología de la investigación jurídica (Prof. Rescigno) y dos grupos de cursillos bien diferenciados sobre materias relativas a las dos ramas tradicionales del derecho privado, civil y mercantil. Nos proponemos reseñar aquí, lo más fielmente posible, los cursos y conferencias del primero de estos dos grupos, remitiéndonos para los del segundo a la reseña que aparecerá en la "Revista de Derecho mercantil".

— El Prof. Guido ASSETT, Catedrático de Historia del Derecho italiano en la Universidad de Roma, disertó sobre el tema «*Caratteri e sviluppi del sistema dei contratti nel diritto dell'Europa Continentale e nella common law*». La concepción teórica del contrato en la jurisprudencia moderna se inspira en principios profundamente diversos de los que inspiraron el sistema romano de los *contractus*. La moderna teoría contractual describe el contrato con "acuerdo" encaminado a constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1.321 C. c. italiano), codificando el principio de la atipicidad o autonomía contractual, según el que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el

ordenamiento jurídico; así como el principio de la eficacia real de los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de casas determinadas, o bien la constitución o la transferencia de derechos reales (art. 1.376 C. c. italiano). ¿Cómo se ha llegado a la formulación de estos principios que informan la moderna concepción del contrato? Las diversas interpretaciones históricas que se han dado tienen carácter contradictorio, claramente incompatibles y unilaterales. El conferenciante se propone ofrecer una síntesis de los elementos y aspectos fundamentales que caracterizan los diversos sistemas contractuales positivos en las grandes fases de desarrollo de la historia jurídica, ilustrando la formación de las diversas figuras típicas y de las figuras contractuales en los diversos ordenamientos históricos y los requisitos esenciales, subjetivos y objetivos de los contratos que constituyen el fundamento de su eficacia obligatoria y caracterizan su disciplina jurídica.

Refiriéndose a los caracteres fundamentales del sistema romano de los contratos en las fuentes del derecho justinianeo estima no es posible encontrar en las mismas transformaciones radicales y de general importancia respecto a los principios jurídicos en que se informa el sistema contractual clásico. En el sistema justinianeo falta toda elaboración teórica unitaria del *consensus*, como elemento común a las diversas categorías de contratos, que reconocido por los bizantinos no les llevó tampoco una teoría general unitaria del contrato como convención. El sistema contractual justinianeo no presenta, en suma, en su conjunto radicales transformaciones que puedan justificar un nuevo planteamiento teórico general, en antítesis con los principios clásicos. El sistema de los contratos obligatorios sigue fundado sobre las categorías dogmáticas tradicionales y sobre la tipicidad de determinadas figuras concretas objetivamente individualizadas y caracterizadas en sus elementos esenciales, materiales y formales. En el pensamiento de los bizantinos puede notarse la acentuación tórica del elemento de la *conventio*, común a los contratos obligatorios y a los actos traslativos o constitutivos de derechos reales, y aun la extensión de la terminología propia de los contratos a los negocios jurídicos bilaterales en general, sin embargo, se conserva el tradicional planteamiento sistemático por lo que los *contractus* son típicamente considerados como fuente de obligaciones.

La teoría sostenida por algunos estudiosos y especialmente por Roberti sobre la influencia ejercida por el cristianismo sobre el desarrollo de la teoría y de la práctica contractual, según la que el cristianismo habría determinado la afirmación del valor preeminente o incluso exclusivo del elemento voluntario en los contratos la transformación de la *stipulatio* romana en un negocio aformal y causal, el reconocimiento de la eficacia obligatoria de los nudos pactos y la nueva concepción unitaria del contrato fundada sobre la *conventio*, debe ser sometida a crítica. Los estudios de Brascello y de otros autores han puesto de relieve que las fuentes patristicas atestiguan no ya una influencia del cristianismo sobre el desarrollo de la teoría contractual, sino, por el contrario, la evidente influencia de las concepciones dominantes en la práctica contractual de los tiempos que en esa naturalmente se reflejan.

La doctrina moderna, por lo demás, también ha apuntado que los derechos consuetudinarios germánicos, como los de todos los pueblos primitivos, no cono-

cieron originariamente más que responsabilidades y obligaciones de delito, y que las obligaciones derivadas de contrato se vinieron sólo modelando sucesivamente sobre el esquema de aquéllas, en las primeras figuras históricas de contratos formales o reales, cuyo número fué durante mucho tiempo muy limitado. No sólo en las más antiguas leyes populares germánicas, sino incluso en las fuentes medievales italianas, la concepción bárbara del contrato obligatorio está ligada al rigor de un arcaico formalismo y a la materialidad del vínculo de responsabilidad que afecta una persona o una cosa: y el sistema contractual lombardo-franco está caracterizado por las solas categorías de los contratos formales y reales, mientras el concepto de contrato consensual le es totalmente ignorado.

Las vicisitudes de la práctica contractual durante el período romano-bárbaro no presentan ningún testimonio en que pueda verse una nueva concepción del contrato, o incluso el inicio de una nueva y diversa valoración del elemento consensual, como fuente de la eficacia obligatoria de los contratos, o de singulares figuras típicas.

Las investigaciones encaminadas a verificar la existencia de una sobrevivencia o una nueva elaboración de la idea romana del contrato consensual lleva a conclusiones sustancialmente negativas. No faltan en las fuentes medievales, especialmente en los últimos siglos de la edad romano-bárbara, testimonios de una tendencia a la valoración, también por parte de los bárbaros, del elemento subjetivo, en orden a la formación de la voluntad y sus vicios eventuales, como en orden a la relación entre voluntad y declaración; pero está claro que estos problemas no tienen nada que ver con el pretendido reconocimiento de la voluntad o del acuerdo, como único elemento perfeccionador de determinados contratos, o como elemento vinculante en general. A tal respecto, podemos concluir que el elemento voluntario o consensual haya asumido, en las diversas categorías de contratos o incluso en categorías concretas, un valor mayor o diverso del que ya le vimos reconocido en el ámbito del sistema contractual romano.

Hecho nuevo, de gran importancia, es la afirmación, en la práctica medieval, del principio de la eficacia no meramente obligatoria, sino también real de algunas figuras contractuales. Pero tales efectos reales, a la par de los obligatorios, no están ciertamente ligados al nudo consenso, y, por tanto, no representan tampoco una manifestación de la pretendida afirmación del principio consensual.

El renacimiento del estudio del derecho romano justinianeo y la consiguiente renovación de la cultura y de la vida jurídica medieval señalan el inicio de una nueva edad: la edad del derecho común, que desde el siglo XII se extiende hasta el siglo XVIII. Factor fundamental de la evolución del derecho es la actividad de la jurisprudencia teórica y práctica. No siendo posible hacer aquí una amplia revisión crítica, podemos concluir que: a) la jurisprudencia civilista medieval, desde los glosadores boloñeses a los intérpretes del siglo XV, conserva constantemente, a base de su construcción teórica, la antítesis fundamental entre *contractus* y *pacta* o el sistema de los contratos sigue presentándose como un sistema de causas o figuras típicas, reconocidas como fuente de obligaciones, y reagrupadas en las categorías tradicionales de los contratos nominados (reales, verbales, literales, consensuales) e innominados, a los que se añade una

serie de *conventiones legitimae* o *praetoriae*, según la misma terminología de las fuentes; b) pervive el principio "*nudum pactum obligationem (actionem) non parit*", al que se atribuye importancia fundamental: y los intérpretes medievales notan comúnmente cómo, en antítesis al *contractus*, fuente de *obligatio civilis*, el *nudum pactum* puede solamente dar vida a una *obligatio naturalis*; c) una aparente novedad está constituida por el planteamiento de las exposiciones generales sobre esta materia, que arrancan del concepto de *pactum* o *conventio*, y, por tanto, presentan el género *pactum*, cualificándolos precisamente como *pacta vestita*, en antítesis a los *pacta nuda*; d) de hecho, los intérpretes siguen distinguiendo los *pacta* en *utilia* e *inutilia*, y entre los primeros, los que generan una *actio* o una *exceptio*, y enumeran los *vestimenta factorum*. En el pensamiento de los glosadores esta relación es precisa, limitada. En Azone las categorías de *vestimenta* son seis, a los que añade una serie de excepciones respecto de los principios generales de la ineficacia obligatoria de los *pacta nuda*; e) La exposición de Azone es seguida, en líneas generales, por la glosa de Acursio con una sola innovación: que las figuras recordadas son reagrupadas en una séptima categoría de *vestimenta factorum*. Este planteamiento no puede considerarse el fruto de una progresiva extensión del principio consensual.

En el pensamiento de los glosadores presenta ciertamente mayor importancia la elaboración del concepto de *causa*, que el de *consensus*, aunque no debe atribuirse demasiada importancia a la evolución teórica en materia de *causa*: con la yuxtaposición del concepto de *causa finalis* al técnico romano de *causa obligationis* se pone de relieve una insuficiente meditación sobre el problema teórico general del fundamento de la eficacia obligatoria de los contratos y dan lugar a equívocos de carácter terminológico y también sustancial, entre los conceptos de *causa* del negocio o de *causa* de la obligación.

En los postglosadores, ultramontanos y comentaristas no faltan ulteriores elaboraciones y aun modificaciones de visual, pero la sustancia no cambia. Las enseñanzas de Bartolo ejercen una influencia duradera no sólo sobre el discípulo Baldo, sino también sobre la literatura civil posterior.

En la literatura posterior, especialmente en el siglo xv, la relación de las *limitationes* o *fallentiae* al principio de la ineficacia obligatoria de los pactos nudos se amplía considerablemente; pero este hecho no es debido a una ulterior afirmación del principio consensual, sino sólo a la degeneración de la jurisprudencia escolástica, que, perdido el vigor de las construcciones dogmáticas, conduce a la investigación analítica y a la mera casuística. Sin embargo, no hay muchas ni importantes novedades. Ejemplo típico es la teoría del llamado *pactum geminatum*, elaborada por los legistas del siglo xv. Puede, por ello, concluirse reconociendo que los intérpretes del medievo tuvieron en realidad ideas muy claras y precisas sobre el concepto de pacto nudo y sobre los principios de la ineficacia obligatoria de los pactos, formulado tanto con respecto a la hipótesis de defecto de forma, o *causa* de sentido formal, como con respecto al defecto de *causa* en sentido material.

En la jurisprudencia civil no hay innovaciones sustanciales por lo que respecta a los requisitos esenciales de los contratos, el fundamento de su eficacia obligatoria y, en general, los principios básicos del sistema contractual. Además,

en la elaboración de las diversas categorías y figuras típicas de los contratos la adherencia a los principios y esquemas romanos es un hecho de segura evidencia.

En el pensamiento de la jurisprudencia medieval las categorías de los contratos reales y formales son objeto de precisa formulación teórica; predominando en la práctica jurídica medieval el uso de la escritura, la teoría de las formas documentales y de su eficacia dispositiva y probatoria, bajo el perfil sustancial y procesal, es elaborada sobre la base de las fuentes justinianeas.

La teoría de la eficacia obligatoria de los *nuda pacta* en el derecho canónico es sometida a revisión crítica. El facto que es tomado en consideración es el elemento ético-religioso del *peccatum*, no el elemento jurídico del *consensus*. El *nudum pactum* del que se afirma la obligatoriedad es en el pensamiento de los canonistas un *pactum cum causa, nudum a sollemnitate*. Los canonistas elaboran con particular interés la teoría de la causa, pero siempre según su ángulo visual que les conduce a examinar esencialmente la licitud de la causa, bajo el perfil moral.

Otro impulso a favor de la afirmación del principio consensual ha creído poder verse en la práctica mercantil en el bajo medievo y en la elaboración de las instituciones consuetudinarias de derecho mercantil y marítimo. En la práctica de los Tribunales mercantiles había sido reconocida desde el siglo XVI la eficacia obligatoria de todo tipo de acuerdos, basándose en el consentimiento. Pero también en este punto ha habido un sustancial mal entendido en la valoración de los testimonios ofrecidos por las partes. En realidad, también en la Edad Media la práctica mercantil fué dominada no sólo por la exigencia de la simplificación en la conclusión de los contratos formales y de la *bona fides* en su ejecución, sino también de la exigencia, no menos importante, de la certeza de las relaciones obligatorias y de la seguridad y rapidez de ejecución, voluntaria o coactiva.

La escuela de los humanistas o de la jurisprudencia culta, florecida en el siglo XVI, lejos del proponerse la formulación de una teoría de los contratos, tendió a la reconstrucción del pensamiento de la antigua jurisprudencia romana. No ejerció una influencia apreciable sobre la práctica jurídica, que continuó dominada, especialmente en Italia, por las enseñanzas tradicionales de la escuela bartolista. Tampoco parecen exactas las pretendidas influencias del *droit coutumier* francés o del derecho consuetudinario alemán.

El sistema del *common law* anglosajón es un sistema jurídico cuya formación histórica presenta caracteres singulares, por haberse conservado esencialmente autónomo respecto a la de los ordenamientos de los países de la Europa continental, todos fundados sobre el derecho romano justiniano y sobre la tradición de nuestra jurisprudencia medieval, a pesar de la variedad de los modos y los tiempos en que se realizó el proceso de recepción. Así, el *common-law* se distingue netamente de nuestro *ius commune* como derecho formado sobre base esencialmente consuetudinaria, en la jurisprudencia de las Cortes centrales de Londres, con un espíritu profundamente diverso de la *civil law*, a pesar de las influencias ejercidas sobre su secular desarrollo también por el Derecho romano.



Una comparación entre los principios jurídicos en que se inspira el régimen de las obligaciones contractuales en el *common-law* y en el *civil-law* demuestra cómo también en la experiencia peculiar del mundo anglosajón la eficacia obligatoria de los contratos ha sido reconocida no ya sobre el fundamento subjetivo del *consensus* o de la *promise*, sino sobre el objetivo constituido por la forma o por la *consideration*.

En el sistema formado en la jurisprudencia de las cortes de *common-law*, el *contract* se diversifica en el *formal contract* y en el *informal* o *simple contract*, que son sancionados en base al requisito de la *consideration*.

La *coinsideration* se desarrolló históricamente a partir del siglo xx, de dos *forms of actio* extracontractuales: la *action of debt* y la *action of assumpsit*. En la estructura típica originaria, el régimen de la *consideration* presenta una evidente analogía con el de la *datio* y de la *causa data-res secuta*, propia de los contratos reales y de los contratos inominados romanos. Diverso aparece por demás el desarrollo teórico del sistema contractual en el derecho anglosajón, que presenta motivos y aspectos originales respecto al continental. Por un lado, en correlación con el principio de la irrelevancia de la *adequacy of consideration* es admitida la obligatoriedad de la promesa de modo independiente del valor económico de la contraprestación, cuya apreciación ha sido dejada al libre juicio de los contratantes, de tal manera que en sus últimos desarrollos la *consideration* puede reducirse "a la función casi formal de un criterio para verificar la voluntad de obligarse jurídicamente". Por otro lado, en correlación con la idea de que la responsabilidad del promitente deriva no tanto de haber efectuado una *promise* cuanto de haber causado, pidiéndolo, un sacrificio o *detriment*, la jurisprudencia inglesa manifiesta en materia de *torts* y de *contracts* una concepción severa, rígida, típica, uniforme sin adaptaciones a las circunstancias o a la adecuación de la causa "de tal modo que por esta se llega sustancialmente a la idea de la promesa como garantía de un resultado.

En realidad, la radical renovación de un nuevo planteamiento conceptual de la teoría de los contratos se realiza en Europa sólo a principios del siglo xvii por obra de la Escuela de Derecho natural, que pudo por primera vez enunciar el principio abstracto *solus consensus obligat* o *solus consensus inducit obligationem*, como principio dogmático de derecho natural, y formular por tanto un nuevo sistema contractual fundado sobre la concepción unitaria y atípica del contrato como convención.

El nuevo sistema teórico de las convenciones y promesas obligatorias fue elaborado precisamente por los jusnaturalistas y especialmente por Pufendorf, sobre la base de principios enunciados ya por Grocio. El pensamiento de los fundadores de la escuela fue dirigido fundamentalmente a los principios del derecho público, interno e internacional, y con sus caracteres y limitaciones que le son propios, ejerció una influencia siempre amplia y decisiva sobre la literatura jurídica de los siglos xvii y xviii, siendo desarrollada en Francia desde Domat a Pothier, en cuya obra tanto se inspiró la codificación napoleónica, triunfando en los ordenamientos positivos con la nueva concepción del contrato introducida por el Code civil en Francia y en el de los países europeos que en él se inspiraron.

A estas corrientes teóricas se pone en conexión también la formación de la

doctrina general del negocio jurídico por obra de la ciencia pandectista alemana, con la enunciación de la *Willestheorie*.

La definición unitaria del contrato como convención o acuerdo, formulada en el art. 1.101 del C. c., y las normas generales sobre los requisitos de los contratos relativos a la causa fueron reproducidos por el C. c. italiano de 1865, y su influencia está todavía presente en el C. c. italiano vigente, a pesar de sus notables innovaciones.

El examen de la formación de este nuevo régimen jurídico positivo de los contratos y la valoración de los principios fundamentales en que se inspira el moderno sistema contractual exigirá la necesaria revisión crítica de las concepciones teóricas que lo han inspirado. También deberían investigarse los concretos aspectos de la práctica contractual en el período sucesivo a la codificación, caracterizada por la crisis del predominio del contrato sobre la ley y como crisis de la autonomía individual privada.

*“Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato”* fue el título de la conferencia del Prof. Alessandro GIULIANI, de la Universidad de Pavía. Todo sistema probatorio corresponde a la psicología y a la civilización de los litigantes hay en la base diversos presupuestos ideológicos, culturales, sociológicos. Se propone el planteamiento de las relaciones entre la “lógica” y la estructura de los sistemas probatorios se trata de una investigación que, lejos de querer agotar la problemática, la afronta con una perspectiva particular. Las principales diferencias entre el derecho probatorio en los sistemas de derecho civil, y en los sistemas de *common law* (en donde se llama *law of evidence*) pueden ser sintetizadas así. En el derecho continental el derecho probatorio: 1) Está a menudo inspirado en un sistema de *pruebas legales*, o sea, de normas preconstituidas por el legislador, y conexas con una teoría de la valoración de la prueba; 2) Hay una preferencia para los documentos relativos a las manifestaciones de los testigos respecto de los que el legislador continental no disimula su indiferencia. El aspecto más evidente es que en ciertas materias está excluida la prueba testifical, y 3) La valoración de la prueba no es libre: la actividad del juez se deduce a la mera aplicación, mecánica, técnica, en cuanto se le impone una *lógica oficial*. En los sistemas de *common law* la “law of evidence”: 1) Es esencialmente un sistema de *rules of exclusion*, o sea, de prohibiciones “lógicas” a la admisibilidad de la prueba: el terreno de la discusión debe ser rígidamente limitado a lo que es relevante, y la relevancia de la prueba es concebida en *términos negativos* a través de la prohibición de aquellos sistemas de investigación que podría llevar al error o a la confusión de las cuestiones; 2) Hay una marcada preferencia respecto de la prueba testifical y una desconfianza respecto del documento, y 3) La valoración de la prueba es libre.

Debe llamarse la atención sobre esta preferencia que los sistemas de derecho continental o de “*common law*” manifiestan respectivamente por el documento y la prueba testifical: el mecanismo para la investigación de la verdad no puede ser condicionado por los instrumentos de investigación utilizados. Por tanto las normas reguladoras de la prueba son diversas en los distintos ordenamientos jurídicos: de ello deriva que la misma noción de “hecho” y las relaciones entre “hecho” y “derecho” resultan estructuralmente diversas en las ex-

periencias que giran en torno al testimonio y al documento. Términos como "hecho", "verdad", "cortés", "certeza legal" no tienen un significado unívoco, pero están en conexión con las técnicas utilizadas.

A) Un sistema orientado hacia el documento, cuyo valor está preestablecido por el legislador, facilita una postura técnica, mecánica, formalista, orientado hacia una *verdad formal*. El documento en efecto es ya por sí mismo representativo de hechos jurídicamente relevantes, y por tanto tiene eficacia vinculante para el juez. El documento permite una determinación técnica, artificial, y por tanto una materialización del hecho que se nos parece en su "totalidad" como algo *dado*, de extremo al trabajo de investigación. El hecho aparece fuera de sus elementos circunstanciales, y por tanto su probatoriedad está basada sobre una idea de lo normal y de lo probable desde el punto de vista estadístico. En realidad, la valoración del grado de probabilidad está hecha por el legislador: y la postura del juez es puramente técnica.

B) En un sistema que gira en torno a la prueba testifical el *carácter contradictorio de la investigación* representa un elemento esencial de la reconstrucción del hecho: Este último es considerado en sus elementos circunstanciales (tiempo, lugar, etc.). El hecho, como evento histórico individualizado en el tiempo y en el espacio, aunque más bien el aspecto de una "hipótesis", de una cuestión discutida. La probabilidad del hecho individual —objeto de la verificación judicial— aparece estructuralmente diversa de la probabilidad de un hecho perteneciente a una clase de hechos. Tal sistema implica de por sí una postura crítica, responsable por parte del juez. Desde un punto de vista lógico el conocimiento "por medio de testigos" representa un campo en el que la formalización del saber no resulta posible y por tanto es necesario renunciar a un tipo de conocimiento cierto.

La investigación comparada debería realizarse en el campo de una contraposición entre experiencias que giran en torno a cuanto ha sido testimoniado y experiencias que giran en torno al documento. Mientras las primeras están ligadas a la técnica de la retórica y de la dialéctica, las segundas a las técnicas de la razón natural: ahí está la base del conflicto entre el concepto clásico de prueba como "argumento", y el concepto moderno elaborado en conexión con los procedimientos de la ciencia. Mientras el concepto "clásico" de prueba pone en evidencia el carácter "selectivo" del conocimiento y tiende a limitar el terreno de la controversia, el concepto moderno implica una determinación del "hecho" a través de una operación "técnica".

Tiene un valor actual el estudio histórico-comparado del sistema probatorio anglosajón: podremos darnos cuenta de los límites y de los presupuestos sociológicos, culturales, lógicos, al que está vinculado un sistema orientado hacia la testimonianza. En efecto, existe hoy en el continente un sentido de insatisfacción respecto de un sistema técnico de pruebas legales, acompañado de un renovado interés respecto de las testimonianzas. La *law of evidence* parece un sector de la lógica, hoy completamente olvidado por los lógicos de profesión, teniendo por objeto el análisis de las proposiciones basadas sobre el testimonio humano. La teoría de la relevancia de la prueba (*legal relevancy*) es entendida en *términos negativos*: no existen criterios absolutos, objetivos, para determinar lo que es relevante. Son ofrecidos criterios lógicos para evitar

aquellas vías de la investigación que a través de una multiplicación de las cuestiones podrían hacer derivar de la cuestión principal (*fact in issue*). El problema de la relevancia de la prueba se plantea “lógicamente” diverso respecto del de su probatoriedad. Son varias las normas de exclusión (*Hearsay rule*, *Opinion rule*, etc.) y no se pueden reducir a pocos principios sistemáticos. Desde un punto de vista general podremos decir: 1) la testimonianza debe limitarse a la “percepción” del testigo; 2) la testimonianza no puede ser el fundamento del juicio, cuando no es sometida al instrumento de investigación de la verdad, que es la *cross-examination*.

No parece justificada la pretensión de los *common lawyers* (baste recordar los nombres de Tehayer y Wigmore), según los cuales la elaboración de un sistema probatorio en términos de “normas de exclusión” sería *únicamente* el resultado histórico de un ordenamiento particular, ligado a la distinción entre “judges” y “juniors”. Sin duda la institución del jurado ha contribuido a mantener un sistema de *normas de exclusiones*; la experiencia demostró bien pronto los errores en que podían incurrir los *jurors*, y se vino determinando la exigencia de un control y de una supervisión sobre lo actuado por los jurados, mediante una “selección” del material probatorio. Pero una lógica de las exclusiones está esencialmente ligada a la acentuación de los procedimientos probatorios de la retórica y de la dialéctica. La investigación histórico-comparada nos demuestra que la concepción del derecho probatorio en términos de “normas de exclusión” parece también presente en otras experiencias, que gravitan en torno a la testimonianza. Los principios sobrentendidos en la *hearsay rule*, en la *opinion rule*, en la *cross-examination*, en efecto, habían sido ya familiares precisamente en el procedimiento continental de la Edad Media en una fase de su evolución, esto es, antes de 1300.

El principio de la relevancia de la prueba ha sido elaborado por el procedimiento romano-canónico a propósito de la teoría de las *positiones* y de los *articuli*: será aceptado también por los civilistas, y— a través de Bartolo— será familiar a la ciencia jurídica europea: *articulus impertinens non est admittendu... Non debet probari quod probatum non relevat probantem*. Tal lógica de la exclusión la volvemos a encontrar, por ejemplo, en el derecho procesal español, desde las Siete Partidas: la “pregunta” que una parte hace a la otra debe ser “pertinente” (Part. III, Tít. X, Ley I). Esta lógica del juicio— ligada a un sistema de normas de exclusión y a la idea de una “verdad probable”— no puede ser entendida fuera de una atmósfera filosófica, interesada en las dimensiones “lógicas” del conocimiento a través de testigos. Los doctores medievales pudieron servirse desde el principio de una especulación que— bajo el influjo de los textos aristotélicos— era llevada a revalorizar el “sentido” como medio de conocimiento. Concibieron el “conocimiento a través de los testimonios” como un aspecto del “conocimiento a través de los sentidos”. Fué advertida la exigencia de que el *testimonio fuera rigidamente limitado a la percepción*, como se lee en el *Ordo* de Tancredi: “*Testis autem dicere debet de his quae vidit et novit et sub ejus praesentia acta sunt...*” (ed. Bergmann, 1842, p. 239).

Una concepción del derecho probatorio en términos de “normas de exclusión” no es, por tanto— como quisiera la “*communis opinio*”—, únicamente el

producto tardío de la *law of evidence*. Esta parece conexas con la aceptación del concepto clásico de prueba como "argumentum" y, en general, de las técnicas de la retórica y de la dialéctica. Es extraordinariamente interesante investigar en qué medida esta tradición se ha venido insertando en la cultura jurídica anglosajona; dos parecen las principales líneas de difusión: una *directa* a través del influjo del procedimiento romano-canónico, y la otra *indirecta* por el peso de la tradición tópico-retórica sobre la atmósfera cultural, y en particular sobre los métodos de enseñanza del *common law*. La estructura de la *law of evidence* en el derecho escocés (que es un sistema de *civil law*) podría ser una prueba ulterior a favor de la tesis apuntada: un derecho probatorio en términos de *normas de exclusión* no necesariamente ligado a un ordenamiento procesal basado sobre el *jury trial*, dado que en Escocia el jurado ha estado ausente en el período formativo de aquel derecho. Y precisamente por la influencia del procedimiento canónico la *law of evidence* es concebida como un sistema de *normas de exclusión*.

El profesor José Melich Orsini, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Caracas, disertó sobre los *Problemas de la responsabilidad extracontractual en el derecho comparado*. Un factor importante en el sentimiento de inseguridad que experimenta el hombre de nuestra época lo constituye la facilidad con que se halla expuesto a sufrir daños en sus intereses y hasta en su propia persona, como consecuencia de la creciente intervención en la vida industrial y doméstica de un utillaje cada vez más complejo y automático. En la medida en que un Estado adquiere conciencia de la estrecha correlación que existe entre el bienestar social y la adecuada protección de los intereses privados de sus ciudadanos, tiende a proveer mediante leyes de responsabilidad civil a la necesidad de procurar pronto y eficaz socorro a las víctimas de los accidentes del utillaje creado por la técnica moderna. Pero como el problema no se presenta en los mismos términos en todas las comunidades humanas y como, por otra parte, el peso de la tradición jurídica particular prejuzga ya en cierta forma la solución del problema en cada sociedad, encontramos en esta materia una gran multiplicidad de enfoques legislativos. Clasifiquemos los cuatro C. c. consultados en cuatro grupos: a) Códigos que no consagran ninguna disposición sobre daños causados por cosas, ni por el ejercicio de actividades peligrosas; b) Códigos que consagran disposiciones especiales sobre los daños causados por ciertas cosas y actividades que se consideran fuentes frecuentes de daños; c) Códigos que consagran sólo disposiciones sobre responsabilidad por guarda de cosas, cualquiera que sea la especie de éstas; y d) Códigos que consagran a la vez disposiciones sobre daños causados por cosas y sobre daños causados en ejercicio de actividades peligrosas.

En el grupo a) se incluyen el C. c. alemán, el C. c. suizo de las obligaciones y de los C. c. del Perú, Brasil y Nicaragua, en cuyos ordenamientos, sin embargo la ausencia de un texto general de responsabilidad civil por guarda de cosas se compensa frecuentemente mediante leyes especiales destinadas a regir en aquellos sectores de la actividad humana que se consideran más necesitados de protección en razón de la frecuencia con que suelen presentarse en aquellos accidentes.

La solución *b)* suele ser bastante común en los Códigos latinoamericanos, pero como muchos de ellos no hacen más que repetir un texto modelo, es posible subclasificarlos a su vez así:

*a')* Los que siguen el texto del art. 2.329 del C. c. de Chile, tales como el artículo 2.356 del C. c. Colombiano, el art. 2.348 del C. c. del Ecuador y el artículo 2.080 del C. c. de la República de El Salvador;

*b')* Aquellos que siguen el texto del art. 1.908 del C. c. español, tales como el art. 1.908 del C. c. de Cuba, el art. 2.241 del C. c. de Honduras y el artículo 1.650 del C. c. de Panamá, y

*c')* Aquellos que como el art. 1.932 del C. c. del Distrito Federal de México y sus similares, el art. 2.111 del C. c. del Estado de Sonora, el art. 1.865 del Código civil del Estado de Veracruz y el art. 1.362 del C. c. del Estado de Tlaxcala, si bien inicialmente en el C. c. español, por formar parte de contextos legislativamente absolutamente divergente de este último, han llegado a configurar un sistema totalmente diferente. La doctrina y la jurisprudencia de este grupo de Códigos nos revela que existe una tendencia bastante generalizada en ellos a considerar la lista de cosas o de actividades peligrosas como meramente enunciativa y a intentar por este medio la fundamentación de una regla general de responsabilidad civil por daños causados por cosas o actividades peligrosas, con la finalidad de estructurar así sistemas similares al de nuestro artículo 1.193 del C. c. En España, por ejemplo, ante la inexistencia de una disposición que consagre de modo general la responsabilidad por guarda de cosas y en especial de una ley sobre accidentes de automóviles, la jurisprudencia ha intentado hallar una solución en aquellos casos más graves facilitando la aplicación del art. 1.902 del C. c. español, a través de una inversión de la carga de la prueba en favor de las víctimas de accidentes automovilísticos. Cita una famosa sentencia del T. S. de 10 de julio de 1943 y la tesis de algunos autores que, para llevar esta nueva orientación a las consecuencias de una regla general, según las cuales los cuatro casos que trae el art. 1.908 del C. c. español constituyen una simple ejemplificación de estos principios y no tienen carácter taxativo.

Más dócil a la aspiración de hacerlo servir a la construcción de una doctrina general de responsabilidad por guarda de cosas parece mostrarse el art. 2.329 del C. c. chileno y sus análogos. El esfuerzo más importante lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina colombianas, al interpretar el texto del art. 2.356 del C. c. colombiano.

La solución del apartado *c)* ha sido desarrollada bajo la influencia de la jurisprudencia del art. 1.384 del C. c. francés por diversos Códigos que es oportuno subdividir en varios grupos:

*a')* Códigos civiles que sobre la materia ofrecen disposiciones idénticas al artículo 1.384 citado, como el art. 1.170 del C. c. de Haití, art. 1.348 del C. c. de la República Dominicana y art. 968 del C. c. de Bolivia.

*b')* Códigos que bajo el impulso de la doctrina y de la jurisprudencia del Código civil francés han consagrado expresamente y en texto separado una disposición general de responsabilidad por guarda de cosas, que establece una presunción de responsabilidad a cargo del guardián por el sólo hecho de la in-

intervención de su cosa en la cadena causal que produjo el daño. Así art. 1.193 del C. c. venezolano de 1942 y art. 2.051 del C. c. italiano de 1942, que consagran una presunción que podríamos calificar de *juris et de jure*, aunque sea sólo para subrayar la diferencia que hay entre ellos y los que examinamos a continuación.

c) El art. 2.394 del C. c. de Portugal consagra formalmente una disposición general de responsabilidad por daños causados por cosas, facilitando a las víctimas de tales daños el ejercicio de la acción de indemnización mediante el recurso de presunir *juris tantum* la culpa de quien tiene la cosa a su cuidado. A un resultado similar conduce el art. 1.324 del C. c. uruguayo, inspirado en el art. 1.901 del Proyecto de García Goyena.

d) Más complejo es el problema en el C. c. argentino, ya que mientras el art. 1.113 de este Código anuncia como regla general la responsabilidad por los daños causados por las cosas que se utilizan o que se tienen bajo cuidado —regla que por su propia formulación se interpreta como una presunción *juris et de jure* de responsabilidad—, el art. 1.133 *ejusdem* consagra textualmente una presunción *juris tantum* de culpa por los daños causados por ciertas cosas en las condiciones particulares allí enumeradas y vincula esta responsabilidad específicamente al titular del derecho de propiedad sobre dichas cosas. Esta duplicidad de textos legales ocasiona en el derecho argentino una proliferación de interpretaciones que van desde aquellas que atribuyen al art. 1.133 del C. c. argentino un valor puramente enunciativo de las disposiciones legales que le siguen hasta las que ven en el mismo una regla especial de responsabilidad aplicable sólo al propietario.

La solución d) es la del C. c. italiano de 1942, en el cual además del artículo 2.051, que se contrae a la responsabilidad por cosas en custodia, se consagra el art. 2.050, que establece de modo general la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas. La jurisprudencia italiana sigue en la interpretación del art. 2.051 las mismas pautas de la jurisprudencia francesa, razón por la cual es posible aproximar ambos textos en su interpretación.

No ocurre igual con la legislación mejicana donde se presenta también la doble responsabilidad indicada.

Al mirar en su conjunto estos diversos sistemas legislativos y confrontar las líneas generales de sus respectivas evoluciones, resaltan las siguientes consideraciones:

A) A medida que ha avanzado la industrialización de un país y que se ha incrementado en consecuencia el número de daños ocasionados por el uso del utillaje moderno, se ha sentido siempre la necesidad de crear sistemas jurídicos de protección en favor de las víctimas de tales accidentes, aliviándolas de la carga de la prueba de la culpa. Esto ha dado en un primer tiempo origen a simples presunciones de culpa *juris tantum*, que se transformaron luego en presunciones *juris et de jure* o en sistemas de responsabilidad objetiva, cuando la mayor complejidad del utillaje industrial permitía invocar con éxito el caso fortuito para liberarse de responsabilidad.

B) La audacia interpretativa de los Tribunales parece estar en razón inversa al desarrollo del trabajo legislativo. Así, a medida que el legislador me-

diante leyes especiales se ocupa de reglamentar la responsabilidad civil en algunos campos particularmente críticos —por ejemplo, los accidentes de la circulación—, se observa en la jurisprudencia una tendencia regresiva hacia los principios tradicionales de la culpa.

C) No obstante la disparidad de principios que en este sector de la responsabilidad civil muestran hoy los Códigos latinoamericanos, parece posible encontrar en ellos amplias zonas de confluencia que podrían servir para facilitar una unificación de sus textos legislativos en la materia. Esto que deberá ser objeto de atención especial en los próximos congresos de juristas latinoamericanos, beneficiaría enormemente el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina de todos estos países, que se asegurarían así una vastísimo campo de experimentación común.

En cuanto a las cosas por las cuales se responde, con objeto de limitar el campo de aplicación de las normas que de modo general consagran la responsabilidad del guardián de una cosa por los daños que eventualmente cause ella, se han propuesto en la doctrina y en la jurisprudencia de los países en que existen normas de la especie, diferentes distinciones tendentes a excluir la aplicación de las mismas cuando se tratare de cosas comprendidas en algunos de los grupos contrapuestos. Así, impresionados por el hecho de que el art. 1.386 del C. c. francés se ocupaba de la responsabilidad del propietario por los tiempos que el art. 1.384 sólo se aplicara a las cosas muebles. Esto era erróneo, ya que no hay ninguna razón para excluir la aplicación de la disposición genérica sobre daños causados por cosas cuando se trata de indemnizar un daño causado por un inmueble que no provenga específicamente de la "ruina de un edificio o de otra construcción arraigada en el suelo". Esta es la tesis seguida por la jurisprudencia y la doctrina francesa más cualificada. En igual sentido se orientan la jurisprudencia italiana, belga, argentina, uruguaya, etc. La jurisprudencia tiende a no hacer distinciones según el estado sólido, líquido, gaseoso o fluido de la cosa que causó el daño. Pero esta es una materia en la que se manifiesta una tendencia hacia la multiplicidad de legislaciones especiales. Así la responsabilidad civil por daños causados por aeronaves en operación, que está excluida del sistema general tanto en Venezuela como en Francia, Italia, Brasil, Colombia, etc., por leyes especiales, se rige en cambio por el derecho común en muchos otros países. Lo mismo puede decirse de los daños causados por vehículos automotores, por naves y por ferrocarriles.

Ante el temor de una aplicación desmesurada del art. 1.384 del C. c. francés se propuso una distinción entre "cosas peligrosas" y "cosas no peligrosas", aplicándose el artículo en cuestión, sólo a las primeras. Otros en vez de hablar de "cosas peligrosas", prefirieron hablar de "cosas que tienen un vicio", lo cual supone que la víctima para invocar el art. 1.384 del C. c. francés debe probar un vicio en la cosa que causó el daño. Tal es el sistema que sigue la jurisprudencia belga, cuya diferencia con el primer sistema fue puesta de relieve en dos importancias sentencias dictadas con ocasión del famoso caso "Jean d'heur." Los Códigos mejicanos, lo mismo que el Código soviético, se fundan en la idea de peligrosidad. El Código civil italiano de 1942 ofrece aspectos particularmente expresivos. Este Código contiene una disposición que se contrae a la responsabilidad por los daños causados por cosas (art. 2.051 del C. c. italiano) y otra



disposición que se refiere a la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas (art. 2.050 del C. c. italiano). Pero a diferencia de los Códigos mejicanos, la disposición italiana sobre responsabilidad por daños causados por cosas (art. 2.051), no se refiere en absoluto a la intrínseca peligrosidad de la cosa. Por el contrario, la jurisprudencia y la doctrina italianas se inclinan actualmente en el sentido de rechazar toda distinción entre cosas peligrosas y no peligrosas, lo mismo que toda exigencia de vicio en la cosa. Si se comparan entre sí las diversas legislaciones que en una u otra forma invocan la idea de peligrosidad, observamos los más sorprendentes contrastes. El texto del Código civil venezolano se asemeja más a la del Código civil francés que a la del nuevo Código civil italiano.

*Cláusulas y medidas de estabilización* han sido objeto de estudio por el Profesor Luis MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

Sentada la patrimonialidad de la prestación obligatoria y como norma genérica, se hace la consideración de como hasta en aquellos contratos de contenido no dinerario puede llegar a tener que surgir el dinero como medida y concreción de una indemnización de perjuicios. Y como de este modo se erige el dinero como una medida de todo valor y se llega en la totalidad de las legislaciones a la proclamación del nominalismo monetario en razón de una seguridad económica, que no puede ser indiferente, sino más bien complementaria, de la seguridad jurídica.

Efectivamente, a los dogmas de la fuerza obligatoria del contrato y de su irrevocabilidad, se agrega en precisión y a pesar de las profundas quiebras que pudiera tener su contenido y su casuística, el principio nominalista. El dinero además de una mercancía es una medida —la principal— de valor. No por ello quedan eliminadas otras deudas de valor y en las que el dinero o no aparece o bien lo hace en un último extremo y simplemente como ejecución de un valor determinado de otra forma; y en este punto se resaltan y estudian las distintas posibilidades y supuestos de tales deudas de valor.

En las deudas de dinero parece simplificarse e incluso hasta resolverse con claridad todo problema, a tenor del art. 1.170 del C. c., de rara coincidencia unánime con los de otros países. Pero el equilibrio entre prestación y contraprestación sólo funciona a la perfección cuando las oscilaciones de la moneda se enmarcan dentro de ciertos y prudentes límites, sin valer en épocas de conmociones profundas, de revoluciones y guerras, en donde el extraordinario y subversivo desequilibrio de las prestaciones obliga a ir por otros caminos más justos.

En un relato meramente histórico y reciente desfilan las situaciones originadas por la guerra española y después por la última conflagración mundial, que ya habían tenido el más serio precedente en la postguerra del 14 al 18. La intervención estatal es tan necesaria como eliminadora de toda cuestión dogmática, y más cuando se trata de sustituciones de moneda y de equiparación de los nuevos y viejos signos monetarios. Pero el problema de Derecho privado se centra en el cumplimiento de los contratos que ven alterado su valor no sólo por estas disposiciones legales dictadas en razón de una nece-

sidad unánimemente sentida, sino por las modificaciones contractuales que éi vivir azaroso de estos tiempos y el carácter "demoníaco" del Poder viene introduciendo casi a diario en la vida de las relaciones jurídicas. Que no es sólo la intervención de la ley y en circunstancias extraordinarias, sino la de la Administración en el vivir que ya podemos considerar normal. Además de la facultad modificativa que puede conferírsele al Juez o que el Juez ha determinado en razón de la propia técnica contractual, y de la posibilidad de modificación y alteración en la vida larga de un contrato que hayan previsto y en razón de la inestabilidad de circunstancias las propias partes contratantes.

Son, pues, tres fuentes modificativas del valor económico y jurídico de los contratos. La ley, el Juez y los propios contratantes. Su razón de ser se estudia por el conferenciante por separado, comenzando por el intervencionismo estatal en sus diferentes grados y en sus diferentes casos de originación.

Señálanse en este intervencionismo estatal las revisiones de rentas en los contratos de arrendamiento, las correcciones de los de seguros y transportes, las alteraciones de tarifas en los suministros y el *sin fin* de modificaciones que, aunque no afecten directamente a una corrección dineraria suponen una alteración de valor. El repaso de la legislación vigente es prolijo y en casos abrumador.

Por revisiones judiciales se entiende la decisión del Juez y en sentencia de una alteración económica en la vida de los contratos no prevista ni por la ley ni por las partes contratantes. Es distinta la intervención del Juez cuando aplica medidas de equivalencia o devaluata o cumple disposiciones legales de revisión señaladas por las leyes o interpreta y determina el valor de una cláusula estabilizadora contenida en un contrato. El Juez, solo, anclado a la roca de la ley, vigila y observa el contrato que nació para una vida normal que se halla completamente alterada, y corrige esta alteración en defensa del propio contrato y con el apoyo de su propia dogmática. El problema es tan difícil como extraordinariamente delicado.

Tras señalar las distintas teorías sobre las que el Juez puede fundar su decisión de modificación en la ejecución de un contrato, y comentar varias sentencias de los más altos Tribunales de diferentes países, se refiere al poder modificativo y en razón de anormales circunstancias y oscilaciones económicas, asumido u otorgado por las propias partes que celebraron el contrato.

La defensa y el ataque en torno a las cláusulas estabilizadoras es de gran amplitud. Han de desfilar y desfilan las razones en pro y en contra de las teorías que tratan de amoldar la realización del contrato a lo verdaderamente querido por las partes y al fin económico-jurídico del contrato mismo; a la par que aquellas que entienden que nada es más intolerable a la vida contractual que la inseguridad de su valoración, que puede ser tanta como de su propio contenido. La autonomía de la voluntad y el orden público juegan y se disputan un terreno difícil.

Se señalan las diferentes clases de normas estabilizadoras y se estudian por separado la cláusula oro y valor oro, la moneda extranjera y valor moneda extranjera, la cláusula mercancía y dentro de ella la cláusula trigo y las llamadas índice de vida. Cada una de ellas merece un estudio casuístico y un estudio comparado de su admisión en las diferentes legislaciones civiles.

Un resumen comparativo del valor de esta cláusula de estabilización nos lleva a una íntima y especial consideración de la propia situación política y económica de cada país, fluctuante y de radical signo en ocasiones, como en Alemania, en donde se inició la admisión de estas cláusulas estabilizadoras, hoy generalmente rechazadas, o en España, en donde difícilmente han llegado a admitirse, pero en donde cada día se van aplicando más, hasta el punto de haberlas ya, en alguna legislación como la de arrendamientos rústicos, impuesto la ley o regulada y consentida por ella como en los préstamos hipotecarios.

Deteniéndose en esta regulación actual y especial de la legislación española, tanto de la cláusula trigo y de otras admitidas, no sólo ya por la jurisprudencia, sino por la propia norma escrita, como por la muy especial del número 3.º del artículo 219 del Reglamento hipotecario y su triple admisión del valor trigo, costo de vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística y premio del oro en las legislaciones de los aranceles de aduanas.

Superada la fase individualista del contrato y en la necesidad de volver a la pureza de sus elementos constitutivos, podemos llegar con cierta facilidad a este período de función social que se le ha asignado al contrato, pero que no debe de ser sino la consideración rígida de los elementos constitutivos del contrato mismo, con un necesario estudio de su proceso histórico y dentro de él de la teoría de la causa. El contrato como organismo vivo y en su trascendente función jurídica no sólo está determinado por la voluntad de las partes que en él intervinieron, sino por otros elementos que, justamente con la voluntad, desempeñan su papel y tan importante como el de la voluntad misma. La buena fe, la causa data o suficiente, la vestimenta que el contrato lleva consigo como elemento esencial y vivificador, si no posterga aquella voluntad sí le hace compartir la vida del contrato hasta su total realización. Las correcciones y medidas de valor, tanto legales o judiciales como voluntarias, dependerán en buena parte de esta revisión dogmática del contrato y la valoración objetiva de sus elementos integrantes.

Sobre "*La cosiddetta cautela sociniana tacita o legale*" disertó don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid. Ante el choque de la voluntad del testador, que quiere dejar el usufructo universal a su cónyuge viudo o a otra persona, frente a la norma legal, que impone el respeto a las legítimas, nos ofrece el Derecho, en un examen histórico y comparatístico, las siguientes posiciones:

a) La postura más liberal es la que atiende a si el valor del usufructo, capitalizado atendida la edad del beneficiario (e igual en supuesto de renta vitalicia), excede o no del valor de la parte disponible.

Ese fué el criterio de la ley *Uxori meae* (Díg. XXXIII-II, 37), según lo entendió la glosa de Accursio en relación con la ley *Omnium* (Díg. VI-I, 29 [36]); si bien se estimó que esa ley había quedado derogada por la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) y la *Authentica Novissima*.

No obstante, esta posición en el siglo XIV fué sostenida por Angelo degli Ubaldi, y en el XV, por Bartolomé Caepolla, y después, por Ambrosio Opizon.

En España la sostuvieron Juan López de Bivero, o sea Palacios Ruvios, y Fernando Gómez Arias en la primera mitad del siglo XVI. En el presente

siglo ha vuelto a defenderla José González Palomino, aprobando su opinión Alvaro d'Ors y José Bonet Correa.

b) La postura opuesta consiste en *reducir el usufructo a recaer en la parte disponible, sin que por ello el heredero reclamante deba renunciar a la nuda propiedad de esa parte de libre disposición con que le hubiese beneficiado el testador.*

Tal postura parece resultar de la citada ley *Quoniam in prioribus* y de la Novella 18. cap. III. de *Tricente et Semisse*, capítulo *Prohibemus*, del que es extracto la *Authentica Novissima*. Así lo entendió la glosa y fué común opinión de los comentaristas, con Bartolo y Baldo a la cabeza.

c) Pero esa segunda posición tuvo un paliativo, según los autores que admitieron la *posibilidad de que el testador colocara al heredero ante la alternativa de optar entre aceptar el gravamen o recibir solamente la legítima estricta sin carga alguna.*

Es posible que en el comentario 13 de Paulo de Castro a la *Authentica Novissima* se halle un precedente de cautela que previno esta situación.

En el siglo XVI, Durantes e Gualdense, Decio, Curtius iunior, Socino iunior. Paris iunior—estos tres últimos dictaminando sobre el famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus—admitieron la validez de una cautela testamentaria de opción entre recibir toda la herencia o porción de ella mayor que la legítima con un gravamen de fideicomiso universal o bien sólo la legítima estricta libre de toda carga y limitación. Ese criterio era igualmente aplicable si el testador quería establecer un usufructo universal. Alternativa, cuya posibilidad fué aceptada por la común opinión de los autores.

Entre los clásicos españoles la admitieron expresamente para el usufructo universal Juan Gutiérrez, Ayllón Láinez, Sanz Morquecho, Castillo de Sotomayor, Gaspar Rodríguez, y más modernamente Josef Febrero.

En Francia la admitieron, entre otros, Merlin, Le Brun, Pothier y otros muchos.

d) Otra posición intermedia entre las dos primeras es la que *concede al heredero igual opción que la segunda, pero sin necesidad de que el testador la prevenga.* También tiene viejos precedentes y presenta dos subvariantes, según la compensación del pleno dominio de la parte disponible deba hacerse en cuerpos hereditarios o quepa satisfacerla en metálico.

Contra su posibilidad sin expresa disposición del testador se habían mostrado Paulo de Castro, Felipe Decio, Merlino y la mayoría de los autores, entre ellos, en España, Pedro de Peralta, Rodrigo Suárez y Antonio Gómez.

Pero a su favor también tuvo valiosas opiniones, como, v. gr., las de Marcus Antonius Cuccius, en Italia; de Ayerve de Ayora, en España (quien admitió la compensación en metálico), y, especialmente, en Francia en el *Droit Coutumier*, donde fué dominante, Dumoulin, Ricard, Dufresne y Pothier, entre otros muchos.

Este último criterio es el que se ha impuesto en los artículos 917 del Código civil francés; 810 del italiano de 1865 y 550 del vigente, y 820, n. 3, español.

Sin embargo, entre estos preceptos se observan algunas diferencias de reducción y su interpretación no siempre es unánime.

En primer lugar, es de notar que el Código italiano impone esa opción al legitimario no sólo si es gravado con usufructo o renta vitalicia, sino también cuando el testador haya dispuesto un legado de muda propiedad que rebase la de la parte disponible. Extensión de la opción, que al parecer era aceptada por la opinión dominante en el *Droit Coutumier* francés, pero que después del *Code de Napoleon*, salvo la opinión aislada de Demolombe, ha sido rechazada por la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, el artículo 917 francés, al referirse al usufructo y a la renta vitalicia, dice: "*dont la valeur excède la quotité disponible*"; y paralelamente el número 3 del 820 español dice: "*cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible*"; en cambio, el artículo 550 italiano vigente, como el viejo 810 y siguiendo el antiguo Codice Albertino, sustituye "*dont la valeur*" por "*il cui reddito*". ¿Tienen igual significación ambas expresiones? En Francia y en España no ha habido unanimidad al interpretar "*dont la valeur*" o "*cuyo valor*". Veamos brevemente las principales opiniones emitidas:

*Primera opinión:* Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en el caso de que dicho valor exceda del de la cuota disponible los herederos podrán cumplir optando por dejar al legatario la propiedad de la porción disponible con que el testador les haya beneficiado.

En Francia defendieron este criterio, basándose en el sentido literal del texto legal, Levausseur y Laurent, si bien éste reconoció que debe prescindirse de su opinión por ser rechazada por todo el mundo.

En España ha tenido un brillantísimo defensor en González Palomino.

*Segunda opinión:* Entiende que precisamente lo que el precepto trata de evitar es que el usufructo y la renta vitalicia deban ser valorados por razón de las dificultades de tal valoración, por lo cual se deja a la libre determinación del legitimario la elección de lo que mejor le convenga, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea éste mayor o menor objetivamente apreciado que el de la porción disponible.

Este criterio ha sido defendido en Francia por Duranton, Zacharie, Troplong, Aubry et Rau, Joseerand, Savatier, etc.; en España, con respecto al Proyecto de 1851, lo expuso García Goyena y lo han seguido Manresa y Sánchez Román.

*Tercera opinión:* Sostiene que el texto legal prevé el caso de que el usufructo o renta vitalicia afecte a bienes que excedan de la parte disponible o a una cuota parte superior a la de libre disposición. Ha sido sostenida por Colin y Capitant, en Francia, y por Lacruz Berdejo, en España.

*Cuarta opinión:* Estima que la opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legados exceden del goce o rentas de la parte disponible.

Es el criterio del *Codice Italiano*, que han defendido, para Francia, Demolombe, Marcadé, Planiol, Ripert, Trasbot, Laoussouarn, y para España, Guillón Ballesteros.

*Quinta opinión:* Distingue, entre el usufructo, para el cual atiende a si el valor de los bienes usufructuados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, en la cual examina si su pensión excede de las rentas de la parte disponible.

Este parece ser el criterio de Bonbecase para el 917 francés.

*Sexta opinión:* Debe compararse la masa computable a efectos del cálculo de la legítima con la valoración tenida en cuenta a dicho efecto de los bienes gravados por el usufructo o con la capitalización de la renta vitalicia al interés legal, sin hacer deducción alguna por razón de la edad del pensionista.

Parece que fué el criterio de Mucius Scaevola y el que creemos mejor ajustado al modo de computarse las legítimas.

El nuevo *Codice Civile italiano* ha añadido en su texto del artículo 550 que cuando los legitimarios sean varios sólo pueden optar por el abandono de la parte disponible actuando por acuerdo unánime. En Francia, en cambio, sólo Durantón defendió este criterio, pero la opinión común fué la contraria; que en España, donde apenas se ha discutido este problema, siguen Iglesias y Gullón.

El término de la opción que expresa el 917 francés por "*de faire l'abandon*", y paralelamente el 550 italiano por "*abbandonare*", el 820, número 3, español lo aclara por "*entregar al legatario*". Sin embargo, de este mismo modo han sido entendidas aquellas palabras en Francia e Italia. El nuevo *Codice civile* agrega que no por eso el legatario se convierte en heredero. Creemos que al recibir la parte disponible en pleno dominio pasa a ser legatario de parte alícuota, pues su objeto es una *pars bonorum*, es decir, una cuota de activo líquido; no una *pars hereditatis*.

Don Alberto Ballarín Marcial, Notario de Madrid y asesor técnico del Instituto de Estudios Agro-Sociales, desarrolló el tema *Criterios sobre la unidad mínima en el derecho comparado*, poniendo de relieve la importancia de la comparación entre los diversos sistemas jurídicos en el campo del derecho comparado, de la cual son síntomas evidentes la creación en Florencia del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado y la existencia del Instituto de Derecho Comparado italo-iberoamericano, que, dentro de su especialización, puede abarcar los problemas y cuestiones de Derecho agrario: Mucho más si se tiene en cuenta que en este momento el tema más vivo y palpitante, tanto en España como en la América latina, es justamente el de la reforma agraria.

El tema tratado constituye uno de los más interesantes puntos de fricción entre el derecho civil tradicional y las nuevas exigencias de la organización de la empresa.

Después de la Codificación pudo comprobarse que el principio de igualdad *in natura* producía resultados verdaderamente dañinos, en cuanto pulverizaba los patrimonios y las fincas. A finales del siglo XIX la fragmentación era ya un verdadero problema en toda Europa. En España la atomización de las fincas afecta a unos ocho millones de hectáreas, es decir, al 40 por 100 de la superficie cultivada. El 63 por 100 de los contribuyentes agrícolas paga menos de 500 pesetas al año, mientras que sólo el 2 por 100 tributa más de 10.000 pesetas. Existen en España unos 5.700.000 propietarios de 54 millones de parcelas; los promedios indican que cada propietario posee más de 8,63 hectáreas y 9,6 parcelas.

Cuando, a partir principalmente de la primera Guerra Europea, los diversos Estados comienzan a realizar grandes obras de transformación agraria, se orien-

tan a la creación de unidades económicamente rentables, que, por lo menos, puedan sustentar una familia. En estas zonas de "bonifica", según la terminología italiana, o "zonas regables", según la española, surge el problema de evitar que tales unidades agrarias, creadas a costa de grandes sacrificios económicos, puedan luego ser desechas por los particulares. Así surge la "unidad mínima" en una disposición legislativa relativa al agro romano del 2 abril 1919, pasando luego al C. c., artículos 846 y siguientes, que establecen la primera regulación general.

La excesiva fragmentación dió también lugar a un movimiento doctrinal y legislativo específico de revisión que había de conducir en toda Europa a las leyes de "remembrement rural", "ricomposizione fondiaria", o concentración parcelaria, según la terminología española. Esta legislación, que en España arranca de la ley de 20 de diciembre de 1952, es la que plantea con toda urgencia y con la mayor amplitud el problema de la unidad mínima.

A este respecto, entrará dentro de poco en Suiza un anteproyecto de Ley federal para proteger la propiedad agrícola (*propriété foncière rural*) (Anteproyecto III, de 26 de marzo de 1962). El proyecto suizo se articula: 1.º En las medidas previstas por el C. c. suizo para la transmisión íntegra de las explotaciones agrícolas por su valor en renta. 2.º Restricciones al derecho de disponer, concretamente, el derecho de oposición a ciertos actos dispositivos por parte de la autoridad competente. Se atiende así al doble frente de los actos *mortis causa* y negocios *inter vivos* en que este problema se plantea. Lo más característico de este interesante proyecto es que regula un derecho de adquisición a favor de colectividades de derecho público constituidas con vistas a la mejora del suelo en una localidad o región, como los sindicatos de Concentración parcelaria, referido a terrenos que permitan agrandar pequeñas explotaciones dignas de subsistir o de formar colonias agrícolas. En resumen, lo que observamos en Derecho suizo es que se sigue el sistema del control de las enajenaciones de fincas rústicas, sistema en vigor en Alemania con arreglo a los principios de la economía social de mercado. Pero, en lugar de la aprobación administrativa, es probable que el Derecho suizo se contente con establecer derechos preferentes de adquisición, a semejanza de la ley francesa de orientación agrícola, o un derecho de opción a ciertas hipótesis de transmisión contrarias a las exigencias de la agricultura moderna.

En cuanto a Francia, observaba Bertand Russel que las invenciones técnicas no habían hecho progresar la Agricultura, como en los demás países, debido al vigente derecho de sucesiones que conducía a la excesiva parcelación.

A fin de superar este obstáculo, el Derecho francés creó el "remembrement rural" y, abandonando el sistema del "bien de famille", instauró en 1938 el principio de la atribución integral a un heredero de la explotación agrícola, abandonando aquella regla igualitaria *in natura* con profundas reformas en que se acusaron las metamorfosis económicas y sociales del momento. El principio de la atribución integral se aplica sólo a las verdaderas explotaciones agrícolas o a sus partes esenciales. Debe ser una explotación familiar que pueda mantener a una familia campesina ayudada en caso de necesidad por uno o dos criados permanentes y pueda ser explotada por esta familia. Tienen derecho a exigir la atribución unitaria quienes hayan contribuido a asegurar la marcha

de la explotación antes de la apertura de la sucesión y debe compensar en metálico a los demás herederos.

Respecto a Italia, no se estudia el sistema dictado para la asignación de las tierras por los entes de reforma, limitando la comparación a las disposiciones legislativas que tienen un valor sucesorio de carácter general, es decir, que están ligadas al problema de la "unidad mínima" común. El nuevo Código reguló la unidad mínima de cultivo en el artículo 846, creando en él dos tipos distintos: uno aplicable a los terrenos organizados en hacienda, y otro, en general. Para los primeros, los "terreni appoderati", la unidad mínima común ha de ser la extensión de terrenos necesaria y suficiente para el trabajo de una familia agrícola, y para los demás, la extensión de terreno necesaria y suficiente para llevar a cabo un cultivo conveniente, según las reglas de la buena técnica agrícola. El artículo 847 determinó la extensión.

En España la Ley de Explotaciones familiares de 14 de abril de 1962 ha querido superar el criterio puramente técnico o técnico-económico de la ley anterior para adoptar un criterio social, o, más exactamente, económico-social, el cual se plasma en la denominación misma de la Ley, que ya no se llama de "unidades mínimas de cultivo", sino "ley sobre explotaciones familiares".

Criterio social que se refleja de modo más concreto en el artículo 1, al aludir a la superficie mínima que corresponde a una explotación familiar dentro de cada zona o comarca de la provincia". Dicha superficie será la que, teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos, permita un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo que cuente con dos unidades permanentes de trabajo y que cultive directa y personalmente, y al declarar en el artículo 2 que "las fincas rústicas de extensión inferior al doble de la mínima señalada, conforme al artículo anterior para la explotación familiar, constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales".

En cuanto a los requisitos de la explotación familiar, el legislador no ha querido remitirse a los establecidos para el patrimonio familiar de colonización (art. 3.º, letra B, de la Ley de 15 julio 1952, Orden de 27 de mayo de 1953), sino que ha dictado su propia regulación. La fijación de las unidades mínimas se confía a un órgano administrativo-técnico, altamente especializado, como es el Servicio de Concentración parcelaria, ente dotado de personalidad jurídica, encargado de toda la obra de recomposición fundiaria, dependiente del Ministerio de Agricultura, por lo que dispone de los elementos más adecuados para ello e, incluso ahora, de bastante experiencia.

Según el artículo 2, "las fincas de extensión inferior al doble de la mínima constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales". También se aplicará idéntico criterio (indivisibilidad esencial) a las divisiones de fincas de cualquier cabida que diere lugar a otra u otras de extensión inferior a la unidad mínima (art. 6). Esta declaración de indivisibilidad esencial implica en buena lógica la nulidad radical, total, de los actos contrarios a ella (art. 4 del C. c.). Pero la famosa y temida consecuencia de la nulidad aparece luego desdibujada en la propia Ley, al señalar las consecuencias de la infracción (arts. 4, 5 y 6).

La ley española se ha hecho cargo de las críticas dirigidas a la denomina-



ción misma de la "unidad mínima de cultivo", por no haber prohibido y sancionado en 1954 la división del cultivo. Así, el artículo 3 dispone: "salvo que medie autorización del Servicio de Concentración parcelaria, el uso o disfrute parcial de las fincas rústicas a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior no puede ser cedido a otro para su explotación con fines agrícolas oajo la forma de arrendamiento, parceria o cualquier otro contrato que, perdiendo el propietario la condición de cultivador, dé lugar a que se divida el cultivo por debajo del límite mínimo señalado para la explotación familiar". Las excepciones a la indivisibilidad se enumeran en el artículo 2, párrafo segundo.

El legislador español, en su intento de proteger la unidad de la explotación familiar, ha seguido un camino simplista, aunque por ello mismo erizado de problemas y dificultades de orden técnico: el de declarar indivisible la base superficial de las explotaciones familiares. Ciertamente que se ha regulado en 1952 el patrimonio familiar con un régimen sucesorio especial, pero esta institución no tiene en Derecho español carácter general: se aplica sólo a los lotes asignados por el Instituto Nacional de Colonización.

En suma, nos resta sólo la indivisibilidad como camino protector de la explotación familiar, sin que el legislador haya querido, por el momento, reformar el derecho sucesorio ni el patrimonial familiar. Esto ha suscitado críticas adversas, ya que hoy parece consolidada la opinión de que el sistema más conveniente, en orden a la protección de las unidades mínimas de cultivo, es el de regular su atribución integral en la partición de la herencia, combinando esta medida con facilidades crediticias y con bonificaciones fiscales, mientras que en materia de actos *inter vivos* se deberían establecer ciertas limitaciones indirectas más bien que decretar la nulidad de las divisiones *contra legem*.

EVELIO VERDERA

Catedrático de Derecho Mercantil

# INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI  
y José Luis LLORENTE

## DERECHO CIVIL

### A) Derecho de la persona.

1. NACIONALIDAD: DOBLE NACIONALIDAD: *Se ratifican los Convenios sobre doble nacionalidad firmados con Guatemala.* (Convenio de 28 de julio de 1961; instrumento de ratificación de 25 de enero de 1962; B. O. de 10 marzo) y *Nicaragua* (Convenio de 25 de julio de 1961; instrumento de ratificación de 25 de enero de 1962; B. O. de 2 de mayo.)

El contenido de los dos Convenios que se anotan es análogo al de los celebrados anteriormente con Chile (ratificado en 28 de octubre de 1958), Perú y Paraguay (ratificados en 15 de diciembre de 1959), por lo que nos remitimos a lo anotado con respecto a los dos últimos en este ANUARIO, tomo XIII, fascículo III, página 969.

2. EXTRANJERÍA: CONDICIÓN JURÍDICA Y CAPACIDAD DE LOS EXTRANJEROS: *Se exigen requisitos especiales para la adquisición por personas físicas o jurídicas extranjeras de ciertas fincas rústicas sitas en territorio nacional.* (Véase Derechos reales, véase *infra*. Derechos reales, 4).

### B) Derechos reales.

1. COSAS INDIVISIBLES: EXPLOTACIONES FAMILIARES: *Se señalará por Decreto la superficie mínima que corresponde a una explotación familiar dentro de cada zona o comarca. Las fincas rústicas de extensión inferior al doble de dicha superficie mínima se consideran «unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales», pudiendo expropiarse las fincas que hubieran sido objeto de segregación o división ilegal.*

RÉGIMEN DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: SUSPENSIÓN: *A medida que se vaya determinando en las distintas provincias la superficie correspondiente a las explotaciones familiares, dicha superficie sustituirá automáticamente a la unidad mínima de cultivo que se hubiere fijado, quedando derogada en todo el territorio nacional la Ley de 15 de julio de 1954 desde la fecha de publicación en el «B. O. del Estado» del Decreto que corresponda a la última o últimas provincias.* (Ley de 14 de abril de 1962; B. O. del 16.)

A EXPOSICIÓN: a) Extensión de las explotaciones familiares mínimas. La superficie mínima que corresponda a una explotación familiar dentro de cada zona o comarca... será la que «teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos permita un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo, que cuente con dos unidades permanentes de trabajo y que cultive directa y personalmente» (art. 1.º, párrafo 2.º).

La determinación concreta de dichas superficies mínimas para cada zona o comarca se hará por el Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de Concentración Parcelaria, y previo el informe de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros (art. 1.º, párr. 1.º).

b) Actos prohibidos por la Ley en relación con las explotaciones familiares mínimas. Son los siguientes:

a') Las divisiones y segregaciones de fincas rústicas de extensión inferior al doble de la mínima señalada para la explotación familiar.—Las fincas que no excedan de la aludida extensión «constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales (art. 2.º, párrafo 1.º).

Por excepción, podrán ser objeto de segregación o división las referidas fincas en los siguientes casos:

1. Cuando al segregar de una finca una o varias porciones de ella para agregarlas a otra u otras colindantes, el resto de la finca matriz no sea de extensión inferior a la señalada como mínima en cada comarca para la explotación familiar.

2. Cuando las partes resultantes de la división se adquirieran simultáneamente por colindantes para formar nuevas fincas de extensión igual o superior a la mínima que corresponda a la explotación familiar.

3. Para constitución de huertos familiares en las inmediaciones de pueblos o caseríos.

4. Cuando se trate de segregar parcelas sobre las que vaya a efectuar cualquier género de edificación o construcción permanente (art. 2.º, párrafo 2.º).

b') La división de fincas rústicas de cualquier cabida, cuando diera lugar a otra u otras de extensión inferior a la señalada para la unidad mínima (art. 6.º).

c') La cesión del uso o disfrute parcial de las fincas de extensión inferior al doble de la mínima, para su explotación con fines agrícolas bajo la forma de arrendamiento, apacería o cualquier otro contrato que, perdiendo el propietario la condición de cultivador directo, dé lugar a que se divida el cultivo por debajo del límite mínimo señalado para la explotación familiar, salvo que medie autorización al efecto del Servicio de Concentración Parcelaria (art. 3.º).

e) Medidas para conseguir la indivisión de las fincas a que se refiere la Ley. Podemos agruparlas en:

a') Indirectas: «Toda descripción de finca rústica deberá contener su medida superficial con la expresión de si el cultivo a que está destinada es de secano o de regadío y, cuando su extensión sea inferior al doble de la señalada para la explotación familiar, los Notarios o Registradores de la Propiedad harán constar el carácter de «indivisible», salvo las excepciones consignadas en la Ley».

Los Liquidadores del Impuesto de Derechos reales, los Notarios y los Registradores de la Propiedad que liquiden, autoricen o inscriban documentos de cualquier clase en que consten actos o contratos referentes a divisiones o segregaciones que den lugar a fincas cuya superficie sea inferior a la mi-

nima de la explotación familiar, lo pondrán en conocimiento del Servicio de Concentración Parcelaria, a los efectos del artículo 5.º de esta Ley, haciendo constar esta circunstancia los Notarios en los títulos y los Registradores en las inscripciones correspondientes» (art. 4.º).

Igual obligación de comunicación al Servicio de Concentración Parcelaria se impone a todos los funcionarios públicos que por razón de su cargo, conozcan la existencia de infracciones a la presente Ley, previniéndose, en fin, que «los documentos de cualquier clase que contengan segregaciones o divisiones ilegales no podrán surtir en ninguna oficina pública efectos contrarios a los que por esta Ley se prevén» (art. 7.º).

b) Directas: Sanciones de las infracciones de la Ley:

1.ª.—Expropiación forzosa.—Cuando de algún modo se infrinja la presente Ley, el Ministerio de Agricultura podrá, dentro de los tres años siguientes a tener conocimiento de la transmisión, expropiar la finca que hubiese sido objeto de segregación o división ilegal por los trámites y condiciones previstos en la Ley de 27 de abril de 1946, sin otras modificaciones que la sustitución del Instituto Nacional de Colonización por el Servicio de Concentración Parcelaria y que la declaración de interés social se haga por orden del Ministerio de Agricultura.

2.ª.—Derecho de adquisición por los colindantes.—Las fincas expropiadas serán ofrecidas total o parcialmente, en su caso, en primer término y por el precio de la expropiación, a los dueños de los predios colindantes cuyas extensiones superficiales no sean superiores al doble de la señalada como mínimo para la explotación familiar, siendo preferidos en caso de pluralidad de los que se encuentren en tales circunstancias los que siendo dueños de finca aldeaña constituyan con la agregación de todo o parte de la finca expropiada explotaciones familiares, y en caso de existir varios propietarios con posibilidad de completar una explotación familiar, se seguirá el orden de menor a mayor. Si los posibles adquirentes para completar explotaciones familiares renunciaren a su derecho o no los hubiere, se seguirá entre los colindantes el mismo orden anterior, de menor a mayor.

3.ª.—Determinación administrativa del destino de las parcelas expropiadas.—En defecto de colindantes en las circunstancias reseñadas, o en el caso de que no aceptaran la adquisición, el Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de Concentración, determinará el destino que haya de darse a las parcelas expropiadas, siempre con vista a la constitución de nuevas unidades agrarias. Estas cesiones vendrán acogidas a la legislación que rige la actuación de dicho Servicio (art. 5.º).

d) Sustitución del régimen de unidades mínimas de cultivo por el establecido en la presente Ley.—«A medida que se vaya determinando en las distintas provincias la superficie correspondiente a las explotaciones familiares, dicha superficie sustituirá automáticamente a la unidad mínima de cultivo que se hubiese fijado, la que quedará sin valor ni eficacia a partir del momento de publicación del Decreto en el «Boletín Oficial del Estado».

Completada aquella determinación en todo el territorio nacional, quedará derogada la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo, a contar de la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado»

del Decreto que corresponda a la última o últimas provincias, en cuyo Decreto se hará constar expresamente esta derogación» (art. 8.º).

B. OBSERVACIONES.—Se inicia con la presente ley una nueva etapa del proceso legislativo que, en orden a la conservación de las unidades agrarias, viene desarrollándose en nuestro país en los últimos años (fundamentalmente, leyes de 15 de julio de 1952, sobre «patrimonios familiares»; y de 15 de julio de 1954, sobre unidades mínimas de cultivo. Texto refundido de 10 de agosto de 1955, sobre concentración parcelaria) (1).

Comparada con la ley de 1954, sobre «unidades mínimas de cultivo» —cuyo régimen es sustituido por el de la presente, según queda expuesto— la Ley que ahora se anota presenta dos innovaciones de propósito elogiables: 1.ª La de definirse las nuevas unidades agrarias indivisibles en base a consideraciones sociales y no exclusivamente al criterio técnico del rendimiento; 2.ª La de fijar la indivisibilidad en función de la unidad de cultivo o explotación (vid. art. 3.º, que prohíbe la cesión del uso o disfrute parcial de la finca, cuando dé lugar a «que se divida el cultivo por debajo del límite mínimo»), en lugar de atender sólo a la unidad predial (criterio de la legislación sobre u. m. de c.).

Respecto a las medidas previstas para conseguir que las fincas se mantengan indivisas, se adoptan también soluciones distintas a las de la ley de 1954. Así, desaparece la sanción de nulidad de las divisiones prohibidas (2), y se establece la posibilidad de expropiación forzosa, seguida del ofrecimiento de las fincas expropiadas a los dueños de los predios colindantes o, subsidiariamente, la determinación administrativa del destino de aquellas fincas. Resultan, pues, del nuevo régimen de «explotaciones familiares» dos notas diferenciales del anterior que interesa destacar: En primer lugar, la validez y eficacia civil de las disposiciones y segregaciones ilegales (3), sin perjuicio de la posibilidad de expropiación y demás consecuencias señaladas; en segundo término, la intervención directa de la Administración para conseguir se cumplan los fines de la Ley (frente al sistema anterior, cuya eficacia quedaba, en último término, supeditada al libre ejercicio por los co-

(1) El tema ha sido estudiado con carácter general en el trabajo de MANUEL PEÑA, *La conservación de las unidades agrarias*, publicado en este ANUARIO, tomo XII, fascículo III, págs. 939 a 1025, donde se exponen y critican los diversos sistemas.

(2) Que resultaba de los artículos 2.º y 4.º de la Ley de 1954. Algunos autores sostuvieron, sin embargo, la validez de aquellas divisiones (así, ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho hipotecario*, Barcelona, 1960; página 186 y sigs.) e igual criterio siguió el Decreto de 22 de septiembre de 1955 (vid. crítica de esta disposición, en M. PEÑA, *Loc. cit.*, págs. 959 y 960).

(3) Pose a la solemne declaración contenida en el art. 2.º de que las fincas de extensión inferior al doble de la mínima constituyen unidades agrarias esencialmente indivisibles a todos los efectos legales», es lo cierto que el examen del conjunto de la Ley permite concluir que las divisiones y segregaciones «ilegales» son válidas y en principio eficaces. Así, el artículo 4.º prevé que los Notarios autoricen y los Registradores inscriban los documentos en que consten aquellos actos, en lugar de prohibir la intervención de aquellos funcionarios en tales operaciones, cual sería consecuencia necesaria de la nulidad radical. Por otra parte, la tercera tesis posible —anulabilidad— carece de todo apoyo en el texto legal.

lindantes del derecho de adquisición que les reconocían los artículos 3.º y 4.º de la ley de 1954). En definitiva, la eficacia real del nuevo sistema dependerá del celo y actividad que desplieguen los organismos administrativos competentes (Ministerio de Agricultura, Servicio de Concentración Parcelaria) en el ejercicio de la facultad expropiatoria y ulteriores medidas autorizadas por el artículo 5.º de la ley actual.

Finalmente, es de observar que la ley no expresa con claridad cuáles serán las fincas expropiables en cada caso de infracción legal. En los supuestos de división o segregación de fincas de extensión inferior al doble de la mínima, parece claro que podrán ser objeto de expropiación *todas* las parcelas resultantes de aquellos actos (puesto que ninguna de dichas parcelas alcanzará el doble de la mínima, que se considera «esencialmente indivisible», conforme al art. 2.º). Ahora bien, en los supuestos a que se refiere el artículo 6.º, es decir, de división de fincas de «cualquier cabida que diere lugar a otra u otras de extensión inferior a la señalada para la unidad mínima, cabe preguntarse si serán expropiables todas las fincas resultantes de la división (4), o sólo las que resulten de extensión inferior al doble de la unidad mínima (5), o, en fin, exclusivamente las de extensión inferior a dicha unidad mínima (6). Para evitar tales dudas, y seguir fielmente el espíritu general de la ley, lo oportuno es que se hubiera referido claramente la posibilidad de expropiación a las parcelas que —procedentes de finca de cualquier cabida— resultasen de extensión inferior al doble de la mínima señalada.

2. CONCENTRACION PARCELARIA: NORMAS COMPLEMENTARIAS: *Se dictan normas complementarias de las contenidas en el Texto refundido de 10 de agosto de 1955, derogándose varios de este último.*

EXTINCIÓN DE DERECHOS DE ADQUISICIÓN: *La inclusión de una parcela en la concentración determinará, mientras dure el procedimiento correspondiente, la extinción de todos los derechos de adquisición otorgados por las leyes para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria.*

RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EFICACIA DE LOS ASIENTOS ANTERIORES A LA CONCENTRACIÓN: *Una vez inscritas las «fincas de reemplazo»,*

(4) Interpretación a que puede llevar el tenor del artículo 5.º (al hablar de «expropiar la finca que hubiese sido objeto de segregación o división ilegal»), en relación con el 6.º que determina la aplicación de aquél en los supuestos que contempla. Claro es que tal interpretación podría determinar consecuencias absurdas (por ejemplo, expropiación no sólo de las parcelas inferiores a la mínima —o al doble de ésta— sino también de las restantes después de la división, que pueden ser diez o veinte veces mayores que aquélla).

(5) Criterio que parece el más acorde con el espíritu de la ley, donde, en rigor, la unidad *indivisible* es la de extensión inferior al *doble* de la mínima, en tanto que esta última viene a ser un concepto métrico que sirve de punto de referencia para fijar la indivisibilidad (comp. arts. 1.º y 2.º Ley).

(6) Criterio a que puede conducir la interpretación literal y aislada del artículo 6.º, que alude a la división que dé lugar a fincas de extensión inferior «a la señalada para la unidad mínima», olvidando que —como antes se dijo— la superficie indivisible es el doble de aquélla.

los antiguos asientos relativos a una parcela de procedencia sólo podrán invocarse frente a quien figuró en las bases de la concentración como titular de la parcela o frente a los causahabientes de éste que no gocen de la fe pública registral.

**EFICACIA DE LAS INSCRIPCIONES QUE PRODUCE LA CONCENTRACIÓN:** Las inscripciones de fincas de reemplazo no surtirán efecto respecto de terceros hasta transcurridos noventa días naturales, a contar desde el siguiente al en que se extendió el asiento de inscripción, en el que se hará constar esta circunstancia. (Ley de 14 de abril de 1962; B. O. del 16.)

A. EXPOSICIÓN: 1. Contenido de la presente Ley.—Se refiere, fundamentalmente, a las siguientes materias:

a) Normas orgánicas y de procedimiento administrativo.—Se regulan la constitución, competencia y funcionamiento de las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria (art. 1.º); facultades del Servicio e iniciación del procedimiento ordinario (arts. 2.º a 10); bases —que se desarrollarán por Decreto— del procedimiento de concentración de carácter privado (artículo 11); derechos devengados por Notarios y Registradores por los trabajos realizados para llevar a cabo la concentración (art. 19); reflejo de la nueva ordenación resultante de la concentración en el Catastro de Rústica y coordinación de éste con el Registro de la Propiedad (art. 20); recursos contra los acuerdos del Servicio de Concentración Parcelaria sobre entrega de obras incluidas en los Planes del Ministerio de Agricultura (art. 31); sanciones administrativas por destrucción, deterioro o mal uso de dichas obras (art. 35); constitución de Cooperativas y grupos sindicales entre los propietarios y cultivadores de fincas incluidas en las zonas de concentración (art. 32), etc.

b) Extinción de derechos de adquisición sobre parcelas incluidas en la concentración.—«La inclusión de una parcela en la concentración da lugar, mientras dure el procedimiento correspondiente, a la extinción del retracto de colindantes, del derecho de permuta forzoso y demás de adquisición que se otorguen por las leyes para evitar los enclavados o la dispersión parcelaria, salvo que la demanda se hubiera interpuesto antes de la inclusión. Sin embargo, si alguna parcela comprendida en la zona fuera después objeto de exclusión, el plazo para interponer la demanda empezará a contarse nuevamente desde el día en que el titular del derecho tuviera o debiera tener conocimiento del acuerdo de exclusión» (art. 22).

c) Relaciones con el Registro de la Propiedad:

a') Inscripciones anteriores a la concentración.—1) «A salvo lo especialmente dispuesto en esta Ley, una vez inscritas las fincas de reemplazo, los antiguos asientos relativos a una parcela de procedencia sólo, podrán invocarse por el titular y causahabientes de las situaciones registrales frente a quien figuró en las bases como titular de la parcela o frente a los causahabientes de éste que no gocen de la fe pública registral. En tales casos no podrán oponerse las nuevas inscripciones». 2) Los titulares y causahabientes de las situaciones registrales expresadas en los antiguos asientos podrán pedir su traslación sobre las fincas de reemplazo. En defecto de acuerdo de las partes, se instará la traslación del Juez de Primera Instancia, quien

resolverá por los trámites del juicio verbal, previo informe del Servicio. La sentencia será inapelable y no tendrá fuerza de cosa juzgada. 3) Quedarán canceladas las inscripciones de las fincas de reemplazo en cuanto sean incompatibles con las situaciones trasladadas. En ningún caso el traslado perjudicará los derechos de tercero protegido por la fe pública registral (artículo 17).

b') **Inscripciones que produce la concentración.**—Todas las fincas de reemplazo serán «inexcusablemente» inscritas, haciéndose constar en la misma inscripción las cargas y situaciones jurídicas inscribibles acreditadas o constituidas en el expediente y que por afectar a la finca de que se trate se han consignado en el título relativo a la misma. «Estas inscripciones no surtirán efecto respecto de terceros hasta transcurridos noventa días naturales, a contar desde el siguiente al en que se extendió el asiento de presentación, en el que se hará constar esta circunstancia» (art. 16, norma 1.ª).

Los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas, se inscribirán igualmente de modo inexcusable en el Registro de la Propiedad. No podrán ser admitidos en los Juzgados, Tribunales y Organismos administrativos los documentos en que consten dichos actos o contratos, si no hubiesen sido previamente inscritos, cuando el objeto de la presentación sea el ejercicio de derechos o la defensa del titular según los mismos (art. 16, norma 2.ª).

d) **Otras disposiciones de trascendencia civil e hipotecaria.**—Merecen destacarse en este sentido las relativas a:

a') **Discordancias entre los interesados en el período de investigación del procedimiento de concentración.**—Cuando se manifieste tal discordancia, apoyada en principios de prueba suficientes, sobre parcelas cuya inscripción no conste en el expediente, se hará constar la discordancia en las bases, determinándose y adjudicándose por separado las fincas de reemplazo que sustituyan a las parcelas objeto de contradicción, sin perjuicio de dar preferencia a todos los efectos al poseedor en concepto de dueño.

«La expresión registral de la contradicción producirá los efectos de la anotación preventiva de demanda y caducará a los dos años de su fecha, salvo que antes llegará a practicarse dicha anotación» (art. 13).

Los derechos y situaciones jurídicas que no hubieran sido asignados en las bases a su legítimo titular no quedarán perjudicados por las resoluciones del expediente de concentración, aunque éstas sean firmes, pero sólo podrán hacerse efectivos por la vía judicial ordinaria y con sujeción a las normas de este artículo sobre las fincas de reemplazo adjudicadas a quien en las bases apareciera como titular de las parcelas de procedencia objeto de tales derechos o situaciones antes de la concentración y, en su caso, sobre la compensación en metálico a que se refiere el art. 11 (art. 15, ap. 1).

b') **Investigación de hipotecas.**—Con objeto de investigar la existencia de hipotecas y, en general, de derechos que no lleven ancha de presente la facultad de inmediato disfrute sobre las parcelas de procedencia, el Servicio de Concentración Parcelaria comunicará al Registrador de la Propiedad competente los términos municipales afectados por la concentración e igual comu-



nicación dirigira a una serie de Entidades y Organismos que se mencionan (Banco Hipotecario, Servicio Nacional de Crédito Agrícola, Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, Delegación de Hacienda, Diputación Provincial y Ayuntamientos respectivos, etc) (art. 27).

c) Supuestos de copropiedad.—En las copropiedades, la Comisión Local puede hacer figurar en las bases la cuota que corresponda a cada condueño juntamente con las demás aportaciones que realice, siempre que se cumplan las condiciones que determina el art. 28.

d) Eficacia de las transmisiones comunicadas después de publicadas las bases.—«Será potestativo dar efecto en el expediente de concentración a las transmisiones o modificaciones de derechos que se comuniquen después de comenzada la publicación de las bases.

Si la variación solicitada se produce como consecuencia de procedimientos ejecutivos o en cualquier otro caso en que no conste el consentimiento de alguno de los que como interesados figuren en las bases, el Servicio de Concentración Parcelaria, en el caso de que decida dar trámite a la solicitud, deberá citar para alegaciones a los interesados, quienes podrán impugnar la resolución que recaiga, si ésta acordare alterar las bases (art. 33).

## II. Eficacia derogatoria de esta Ley:

a) Genérica.—Quedan derogadas todas las disposiciones con rango de Ley que se refieran especialmente a la concentración parcelaria, salvo el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1960 y el texto refundido aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955.

b) Específica.—Quedan igualmente derogados los artículos que se citan (veinte en total) del mencionado Texto refundido de 10 de agosto de 1955, así como cuantos preceptos y disposiciones subsistentes se opongan a lo dispuesto en esta Ley (disposición final segunda).

B. OBSERVACIONES.—La presente Ley complementa y modifica en varios aspectos de interés los preceptos recogidos en el Texto refundido de 10 de agosto de 1955 (7), destacándose como principales innovaciones en el orden civil e hipotecario las siguientes:

1. Reducir a noventa días el plazo señalado para la eficacia frente a terceros de las inscripciones registrales de nuevas fincas resultantes de la concentración (art. 16, norma 1.ª). En la legislación anterior el plazo de vacación de la fe pública registral de estas inscripciones era de cinco años (art. 55 del Texto refundido de 1955) y la Exposición de Motivos de la actual Ley justifica la reforma diciendo que aquel prolongado período de vacación «además de rebajar el rango de las inscripciones anteriores a la concentración, impedía a todos los propietarios participantes en ella beneficiarse, durante aquel largo período, del crédito territorial, tan necesario para mejorar las condiciones de explotación de las nuevas fincas».

2. Limitar la eficacia de los asientos antiguos relativos a una parcela de procedencia —una vez inscritas las fincas de reemplazo— a las relaciones en-

---

(7) Véase en este ANUARIO, tomo VIII, fascículo IV, pág. 1298 y siguientes, exposición y observaciones a la Ley de 20 de julio de 1955 y al texto refundido de 10 de agosto del mismo año.

tre el titular (o causahabientes del mismo) de aquellos asientos y quien figuró como titular de la parcela en las bases o causahabientes del mismo no protegidos por la fe pública registral (art. 17, párrafo uno). Supone tal precepto una adecuada aplicación del principio de fe pública registral, dejando «a salvo lo especialmente dispuesto en esta Ley» (así, la posibilidad de que perjudiquen a tercero las situaciones anteriores de que se hubiese practicado la «expresión registral de contradicción» a que se refiere el art. 13, puesto que tal expresión produce, según el mismo precepto, los efectos de la anotación preventiva de demanda, durante dos años a partir de su fecha).

3. Derogar el artículo 54 del Texto refundido de 1955, que disponía el cierre del Registro respecto a los títulos aún no presentados, relativos a fincas situadas en zona a concentrar, una vez determinado el perímetro de la misma. La nueva Ley no contiene precepto que ordene tal cierre registral, disponiendo solamente que los Registradores indiquen la existencia de la concentración en las notas de despacho y certificaciones que extiendan en relación con fincas situadas en términos afectados por la concentración (comp. art. 23 Ley nueva con art. 55 Texto refundido). También se ordena la cancelación de las inscripciones de reemplazo en cuanto sean incompatibles con las situaciones trasladadas, si bien el traslado no perjudicará en ningún caso al tercero protegido por la fe pública registral (art. 17, tres).

4. El artículo 33 admite la posibilidad de dar efecto («será potestativo») en el expediente de concentración a las transmisiones o modificaciones de derechos que se *concluyan* después de comenzada la publicación de las bases; norma que contrasta con la del derogado artículo 41 del Texto refundido, en el que se declaraban «inoperantes», a los efectos de dicho expediente, las transmisiones de dominio que se *produjeran* en la zona, una vez publicado el Decreto de concentración y hasta la toma de posesión de las fincas de reemplazo.

Finalmente, es de señalar que, habida cuenta la amplitud de la presente reforma, los términos de las modificaciones establecidas en el anterior Decreto-Ley de 25 de febrero de 1960 y, en fin, subsistencia de la mayor parte de las normas recogidas en el Texto refundido de 10 de agosto de 1955, se hace necesario un nuevo texto que refunda y coordine la legislación sobre concentración parcelaria. De tal necesidad se ha hecho cargo el legislador, disponiendo en el artículo 36 de la Ley actual que el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, publique el aludido nuevo Texto refundido.

3. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: FINCAS MEJORABLES: *Se extiende el ámbito de aplicación de la Ley de 3 de diciembre de 1953, sobre «fincas mejorables» a las cultivadas en régimen de arrendamiento que sean de gran extensión y susceptibles de mejoras rentables* (Ley de 14 de abril de 1962; *Boletín Oficial* del 16).

A. EXPOSICIÓN: a) Ambito de aplicación de la presente Ley.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de 3 de diciembre de 1953, podrán también ser declaradas «fincas mejorables» las que, siendo de cultivo, sean susceptibles de mejoras permanentes o de mejoras laborales culturales

que en uno u otro caso incrementen la producción con rendimiento económico y que reúna la características siguientes:

1. Que el propietario o el arrendatario inviertan en la misma explotación, como media anual, en mejoras permanentes o ampliación de equipos mecánicos o de ganadería menos del 30 por 100 del líquido imponible y que sea susceptible de algún perfeccionamiento cultural que incremente en más de un 25 por 100 los rendimientos brutos por trabajador, sin menar ni el número de jornales por hectáreas ni el interés que se obtenía para el capital invertido.

2. Ser la finca de extensión superior a 200 hectáreas en secano o 50 hectáreas en regadío. Si fuese mixta, la equivalencia se establecerá sobre la base de una hectárea de regadío por cuatro hectáreas de secano. (Con objeto de evitar fraudes a este precepto, el art. 3.º de la Ley establece que la división por actos *inter viros* de las fincas comprendidas en el art. 1.º de dicha Ley, realizada con posterioridad a la promulgación de la misma, no impedirá su aplicación si dicha división se llevó a cabo para eludir la declaración de «finca mejorable».)

3. Que en su mayor parte o en su totalidad se cultive en régimen de arrendamiento (art. 1.º).

b) Excepciones.— Señala la Ley dos casos en que, no obstante concurrir los requisitos que acaban de exponerse, no son aplicables los preceptos de aquélla. Tales son los siguientes:

1.º Cuando se trate de fincas cuyos arrendatarios, en la totalidad o en la mayor parte, tengan derecho al acceso a la propiedad (art. 1.º, c), *in fine*).

2.º Cuando se trate de fincas que hayan sido arrendadas por el usufructuario, salvo que, fallecido aquél, el nuevo propietario haya consentido en la continuación del arriendo mediante prórroga voluntaria o en virtud de nuevos contratos (art. 7.º).

c) Efectos de la declaración de «finca mejorable» en los supuestos a que se refiere esta Ley:

a) En general.—A las fincas comprendidas en el artículo 1.º de esta Ley, que se declaren mejorables, les será de aplicación cuanto se dispone en la de 3 de diciembre de 1953 (art. 5.º, párrafo 1.º).

b) Exclusión del auxilio estatal (previsto en la Ley de 1953) para la realización de las mejoras aprobadas en el Decreto de declaración, salvo que los propietarios de las fincas afectadas se acojan al párrafo primero de su artículo 6.º, en cuyo caso el Decreto de declaración determinará el alcance de los auxilios que se concedan (art. 4.º véase *infra*, d).

e) Caso particular: División de la finca.—Si el plan de mejora aprobado determinara la división de la finca al objeto de establecer dentro unidades de explotación, cuya extensión no será nunca inferior a la de una explotación familiar mecanizada, el propietario sólo podrá reservarse una de ellas, a su elección, teniendo los arrendatarios, si no son culpables del mal estado de la finca, derecho a adquirir otra de dichas unidades por el precio que se determine de común acuerdo y, en su defecto, por la autoridad judicial por el procedimiento establecido en el número 3.º de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940.

El resto de la finca, si lo hubiere, será expropiado por el Instituto Nacional de Colonización y parcelado en patrimonios familiares, mecanizados si son de secano, que se cederán a agricultores modestos por el precio de expropiación, determinándose este conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 9.º de la Ley de 3 de diciembre de 1953 (art. 5.º).

d) Procedimiento para evitar la aplicación de los preceptos de la Ley de 3 de diciembre de 1953: Promoción del Plan de mejoras por el propietario.—«Los propietarios de fincas a que se refiere el artículo 1.º de la presente Ley quedarán excluidos de la aplicación de la de 3 de diciembre de 1953 si someten a la aprobación del Ministerio de Agricultura un plan de mejoras y lo ejecutan dentro de los plazos y conforme al Proyecto que se apruebe por Decreto, conservando la Administración las facultades que le reconoce el artículo 3.º de la citada Ley».

Quando el Proyecto aprobado determinare la división de la finca al objeto de establecer distintas unidades de explotación, el propietario podrá reservarse una de tipo familiar mecanizado a su elección, pero estará obligado a transmitir las demás a favor de cultivadores directos, teniendo los arrendatarios derecho preferente para adquirir una de ellas, en los mismos términos y condiciones vistos más arriba (ap. c), c').

Si el Plan de mejoras aprobado por el Gobierno no fuera ejecutado dentro de los plazos que se señalan o se incumpliera la obligación de enajenar o explotar directamente las unidades antes aludidas, el Instituto Nacional de Colonización queda facultado, salvo que el incumplimiento fuera debido a fuerza mayor, para expropiar las fincas o unidades de explotación a que haya lugar (art. 6.º).

B. OBSERVACIONES.—La Ley sobre «Fincas Mejorables» de 3 de diciembre de 1953 (8) limitó al ámbito de su aplicación a los terrenos incultos, susceptibles de cultivo agrícola o de incremento de sus aprovechamientos forestales o dedicación a pastos. Mediante la Ley de 14 de abril de 1962 que ahora se anota se extiende la aplicación de aquélla, «sin perjuicio de futuras ampliaciones» (E. de M.) a las cultivadas en régimen de arriendo, de gran extensión y susceptibles de mejoras rentables.

Como novedades de la presente Ley, respecto a la de 1953, cabe destacar fundamentalmente, la supresión de auxilios estatales a los planes de mejora (supresión que justifica la E. de M. en razón a que se trata de mejoras rentables) y la apertura de un procedimiento que permite al propietario adelantarse a la declaración de mejorable, siendo él mismo quien la promueva, acompañando un plan de mejora que, de ser efectuado, «le libere totalmente del ámbito de la acción administrativa». Dicho procedimiento se viene a estimular con la posibilidad de concesión de auxilios estatales que, como se ha dicho, desaparece en los supuestos en que la declaración de «finca mejorable» se efectúe de oficio (comp. arts. 3.º y 5.º de la Ley de 1953 con el artículo 4.º de la presente)

Respecto al procedimiento formal para la declaración de «finca mejorable» se remite expresamente el artículo 2.º de la presente Ley a lo dispues-

(8) Véase exposición y observaciones a esta Ley en este ANUARIO, tomo VII, fascículo II, págs. 493 y sigs.

to en el artículo 3.º de la de 1953 (que exige Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, y contra el cual sólo podrá interponerse recurso de súplica ante el Consejo de Ministros) (9).

4. ADQUISICIÓN POR EXTRANJEROS DE FINCAS RÚSTICAS Y DERECHOS REALES SOBRE LAS MISMAS: AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: *Se someten al régimen de autorización gubernativa e inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad la adquisición por extranjeros de bienes inmuebles de naturaleza rústica que excedan de cierta extensión superficial, así como la constitución y cesión de derechos reales sobre referidos inmuebles a favor de las mismas personas.* (Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962: Boletín Oficial del 25.)

A. EXPOSICIÓN: a) Autorización gubernativa.—«Los bienes inmuebles de naturaleza rústica sitos en territorio nacional cuya extensión sea superior a cuatro hectáreas de regadío o a veinte de secano, o los de cabida inferior con los pertenecientes a quienes pretenden adquirirlos completen extensiones superiores a las antes expresadas no podrán ser transmitidos por compra, permuta licitación pública o privada, donación y en general, cesión por cualquier título *inter vivos*, en favor de personas extranjeras, ya sean naturales, jurídicas o de cualquier otra clase, sin previa autorización gubernativa. También será necesaria esta autorización para la constitución o cesión de derechos reales sobre los referidos inmuebles a favor de las mismas personas» (artículo 1.º).

«La autorización a que se refiere el artículo anterior se solicitará de la Presidencia del Gobierno y corresponderá otorgarla al Consejo de Ministros a propuesta de aquélla y previos los informes de los Ministerios de Justicia, Agricultura y Comercio, y de los que se estimen precisos cuando así proceda por razón de las cuestiones planteadas.

A los efectos de la calificación de la naturaleza de la finca se tendrá en cuenta lo que resulte del Registro de la Propiedad y de no estar inscrita, de la clase de contribución que satisfaga, a no ser que deba considerarse urbana, conforme a la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana» (art. 2.º).

b) Inscripción constitutiva.—«La inscripción en el Registro de la Propiedad será constitutiva para cuantos actos y contratos comprende el artículo 1.º. Dichos actos y contratos, mientras no se inscriban en el Registro de la Propiedad, se reputarán nulos de pleno derecho» (art. 3.º).

Los Registradores de la Propiedad denegarán la inscripción solicitada si previamente no se ha obtenido la autorización debida (art. 4.º, párrafo 1.º).

c) Inadmisibilidad de títulos no inscritos.—«Los Notarios no admitirán como antetítulo de los documentos que preparen aquellos otros en que consten actos y contratos señalados en este Decreto-Ley, si no figura en los mismos la nota de inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que sean necesari-

(9) Sobre la admisibilidad de recurso contencioso-administrativo contra la declaración de fincas mejorables, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de fincas mejorables*, en «Rev. Admón. Pública», núm. 13, pág. 227 y sigs., y del mismo autor, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957, tomo 2.º, pág. 413.

rios para lograr dicha inscripción previamente; debiendo consignar en todo caso, en los documentos que autoricen, los datos del Registro. Los Juzgados y Tribunales y las Oficinas públicas, bajo la responsabilidad de los funcionarios a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley (sic) sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 4.º, párrafos 2.º y 3.º).

B. OBSERVACIONES.—Se dicta el presente Decreto-Ley con el objeto de complementar —con un adecuado sistema de garantía de los intereses nacionales— los preceptos contenidos en el de 27 de julio de 1959, dirigido a facilitar la inversión de capitales extranjeros en España.

La exigencia de autorización gubernativa previa para la adquisición de fincas rústicas por extranjeros no es una novedad en nuestro Derecho, toda vez que ya imponía tal requisito, respecto a las personas jurídicas extranjeras, el Decreto de 16 de febrero de 1932. Mediante la disposición que ahora se anota se vienen a refundir los preceptos de dicho Decreto (derogado expresamente por el art. 7.º del presente), si bien con la doble modificación de restringir su ámbito de aplicación objetivo —puesto que sólo se exige la autorización para las adquisiciones de fincas que excedan de cierta extensión superficial— y ampliar, por el contrario, su ámbito subjetivo —ya que afecta tanto a las personas físicas como a las jurídicas (10), en tanto que el Decreto de 1932 se refería únicamente, como queda dicho, a las segundas—.

Respecto al requisito de la inscripción constitutiva para los actos y contratos a que se refiere esta disposición, tiene un precedente reciente en la Ley de 12 de mayo de 1960 que impuso igual exigencia para la adquisición por extranjeros de inmuebles sitos en determinadas zonas de interés para la seguridad nacional (véase anotada esta Ley en este ANUARIO, tomo XIII, fascículo III pág. 970)

5. PROPIEDADES ESPECIALES: MONTES: *Se aprueba el nuevo Reglamento de Montes que, al propio tiempo que incorpora y desarrolla los preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957, refunde la mayor parte de las disposiciones vigentes en la materia.* (Decreto de 22 de febrero de 1962, B. O. de 12 y 13 de marzo.)

A. EXPOSICIÓN: a) Contenido.—Comprende 490 artículos, agrupados sistemáticamente del siguiente modo:

1. Título preliminar: «De la Administración Forestal del Estado».

2. Libro Primero: «De la propiedad forestal». Dentro del contenido de este Libro destaca el artículo 11 que define explícitamente la naturaleza jurídica de los montes públicos, al siguiente tenor: 1) Los montes públicos tienen la condición jurídica de bienes patrimoniales y, por consiguiente, son

(10) Es curiosa la expresión empleada por el artículo 1.º del presente Decreto-Ley: «... personas extranjeras, ya sean naturales, jurídicas o de cualquier otra clase...», que parece aludir a un *tertius genus* de la personalidad que, como es obvio, carece de sentido en nuestro Derecho; evidentemente, lo que se ha pretendido con la expresión subrayada —aun a costa de la corrección técnica— es eliminar toda duda acerca de la inclusión en la letra del Decreto-Ley de cualesquiera tipos de entes que pudieran tener personalidad con arreglo a la respectiva Ley extranjera y carecer de aquélla, según la Ley española, o viceversa.

de la propiedad privada del Estado o de las entidades a que pertenecen, conforme a los dos artículos precedentes: 2) No obstante, tanto los montes del Estado como los de las provincias a que se refiere el artículo 282 de la Ley de Régimen Local y los de las demás entidades públicas tendrán la condición de bienes de dominio público cuando estén adscritos a algún uso público o algún servicio público. 3) Los bienes comunales de las entidades municipales tendrán el carácter y condición jurídica que les atribuye la Ley de Régimen Local».

3. Libro segundo: «De los aprovechamientos e industrias forestales».

4. Libro tercero: «De la repoblación y conservación de los montes».

5. Libro cuarto: «De las infracciones y su sanción».

b) Eficacia derogatoria:

1. *Específica*.—Se declaran derogados ciento veintiocho disposiciones que se enumeran, figurando, entre ellas, el anterior Reglamento, aprobado por Real Decreto de 8 de mayo 1884, sobre Legislación penal de montes (vid. disposición final 2.ª).

2. *Genérica*.—«Quedan también derogadas las disposiciones de igual o inferior rango al de la presente que se opusieron a lo que en este Reglamento se contiene» (disp. final 3.ª).

B. OBSERVACIONES: Como se ha apuntado en el epígrafe que precede a estas notas, el nuevo Reglamento de Montes no se ha limitado a desarrollar los preceptos de la Ley de 8 de junio de 1957 (11), sino que en la práctica, constituye un verdadero texto refundido de la legislación forestal vigente, contenidas en numerosísimas y, en buena parte, vetustas disposiciones. El Preámbulo del Decreto de aprobación pone de manifiesto el esfuerzo unificador y sistematizador de los redactores del Reglamento, de cuyo texto se excluyen únicamente «las disposiciones de carácter orgánico y aquellas que por responder a un determinado criterio de política económica están sujetas a los cambios de orientación que impone la evolución de la coyuntura».

Por lo demás, el Reglamento no contiene, en el aspecto que interesa en este lugar innovaciones sustantivas, por lo que hemos prescindido de una reseña más amplia de su contenido. Hemos considerado, no obstante, de interés, destacar el tenor del artículo 11 que al pronunciarse explícitamente sobre la naturaleza jurídica de los montes públicos, ha puesto fin a las dudas y discusiones existentes sobre este punto. Es claro que el citado artículo 11 no ha introducido, en rigor, novedad alguna sobre esta cuestión, pero sí ha plasmado convenientemente las conclusiones a que llevaba el examen e interpretación sistemática de los pertinentes preceptos anteriores (especialmente, artículos 339 y 340 C. c.: 182 y sigs. y 280 y sigs. de la Ley de Régimen Local; 2.ª 14 y 27 de la Ley de Montes de 1957, etc.). A la vista de tales disposiciones la conclusión no podrá ser otra que la que formula el nuevo Reglamento: los montes públicos no son «per se», bienes de dominio público.

---

(11) Véase exposición y observaciones a esta Ley en este ANUARIO, tomo X, fascículo IV, págs. 1202 a 1213.

sino patrimoniales, adquiriendo sólo carácter demanial —como cualesquiera otros bienes— cuando son adscritos al uso o servicio públicos específico (12).

Finalmente, también cabe destacar que mediante los preceptos contenidos en el Libro IV («De las infracciones y su sanción») se hace uso de la autorización concedida al Gobierno en la disposición transitoria de la ley de 8 de junio de 1957 para acomodar a la misma el Decreto de 8 de mayo de 1884 y demás disposiciones sobre Legislación Penal de Montes, que expresamente deroga el nuevo Reglamento. En el citado Libro IV de este último viene a definirse las respectivas competencias de la Administración Forestal y de los Tribunales de Justicia para el conocimiento y sanción de las diversas infracciones en materia forestal (especialmente, arts. 407 a 409).

6. HIPOTECAS LEGALES: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN: *Se reconoce al Instituto Nacional de Colonización el derecho de hipoteca legal para garantizar el pago por los respectivos propietarios de las cantidades invertidas por dicho Organismo en obras incluidas en Planes del mismo.* (Art. 31, Ley de 14 de abril de 1962).

Véase *infra*, «Otras disposiciones». 1.

### C. Obligaciones y contratos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SEVILLA: *Se suspenden por un plazo de seis meses los lanzamientos acordados en ejecución de sentencia respecto a viviendas sitas en las zonas afectadas por las inundaciones de Sevilla y su provincia; se concede el derecho de retorno a los inquilinos de viviendas que hubieran quedado destruidas o en estado de ruina.* (Decreto-Ley de 8 de marzo de 1962: Boletín Oficial del 9.)

A. EXPOSICIÓN: Se suspenden por un plazo de seis meses, contados desde la fecha de vigencia de este Decreto-ley (13), los lanzamientos acordados en ejecución de sentencias de desahucios y de resolución de contratos de locación de viviendas que se refieran a fincas urbanas enclavadas en las zonas afectadas por las inundaciones de Sevilla y su provincia (art. 1.º).

Los procedimientos judiciales instados o que se insten sobre esta materia seguirán su tramitación hasta que recaiga sentencia firme, suspendiéndose entonces de oficio el lanzamiento acordado durante el plazo señalado en el artículo anterior (art. 2.º).

Se exceptúan de lo dispuesto en los artículos precedentes los lanzamientos acordados en ejecución de sentencia de resolución de contratos por declaración de ruina de la finca, por pérdida, destrucción de la vivienda, por expropiación forzosa y por estimación de las causas de excepción a la prórroga obligatoria del contrato, previstas en los números 3.º y 4.º del artículo 62 del

(12) Sobre la inexistencia de las notas del dominio público en los montes públicos, según la regulación de la Ley de 1957, vid. en este ANUARIO, *Loc. cit.* en nota anterior; págs. 1211 y 1212.

(13) Conforme a su artículo 5.º, este Decreto-Ley entró en vigor al siguiente día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, el 10 de marzo de 1962.



texto articulado de la vigente L. A. U. y en los preceptos concordantes (artículo 3.º, párr. 1.º).

Los inquilinos de viviendas que hubieran quedado destruidas o en estado de ruina por las inundaciones a que se refiere el artículo 1.º, tendrán el derecho de retorno a que se contrae la sección tercera del capítulo 8.º del texto articulado de la precitada Ley (art. 3.º, párr. 2.º).

**B. OBSERVACIONES:** El presente Decreto-Ley contiene normas de Derecho excepcional análogas a las del de 8 de noviembre de 1957 (14), dictado con ocasión de las inundaciones de Valencia, con la diferencia de que entonces se extendieron los beneficios de la suspensión de lanzamientos y el derecho de retorno a los inquilinos de viviendas y a los arrendatarios de locales de negocio, en tanto que ahora se excluye a estos últimos.

**ARRENDAMIENTOS URBANOS: HUELVA:** *Se dispone la aplicación del anterior Decreto-Ley de 8 de marzo de 1962 a la ciudad de Huelva y a las zonas de su provincia afectadas por las inundaciones.* (Decreto de 15 de marzo de 1962; Boletín Oficial del 16).

Se dicta este Decreto conforme el artículo 5.º del Decreto-Ley de 8 de marzo de 1962, antes anotado, que autorizó al Gobierno para extender su aplicación a las áreas geográficas de otras provincias afectadas por igual causa calamitosa.

## II. DERECHO MERCANTIL

**CRÉDITO Y BANCA: BASES PARA SU ORDENACIÓN:** *Se dictan las bases a que se ajustará la reforma del sistema crediticio y bancario* (Ley de 14 de abril de 1962; Boletín Oficial del 16).

**A. EXPOSICIÓN: I. Bases de la reforma.**—Son diez, contenidas en el artículo 1.º de la Ley, y afectan, fundamentalmente, a los siguientes aspectos:

a) Dirección de la política monetaria y de crédito.—«La autoridad en materia monetaria y de crédito corresponde al Gobierno, el cual señalará al Banco de España y a los diferentes Organismos de Crédito, a través del Ministro de Hacienda, las directrices que hayan de seguirse en cada etapa, orientando en definitiva la política monetaria y de crédito en la forma que más convenga a los intereses del país» (base 1.ª).

b) Banco de emisión.—«La reforma se centrará en torno a un Banco de España, que, para desempeñar su misión, debe ser nacionalizado». A tal efecto se dispone que las acciones serán transferidas al Estado mediante el pago de un justo precio (el promedio de la cotización oficial en la Bolsa de Madrid durante el quinquenio comprendido entre 1.º de enero de 1957 y 31 de diciembre de 1961, incrementado en un 5 por 100, conforme establece la Disposición final 1.ª). Una vez adquiridas las acciones por el Estado, el Banco de España pasará a ser una Institución oficial, con personalidad

---

(14) Véase anotado en A. D. C., tomo X, fascículo IV, pág. 1214.

jurídica, y dependerá del Gobierno, a través del Ministerio de Hacienda (base 2.<sup>ª</sup>).

c) Banca oficial.—Los Bancos Hipotecario de España, de Crédito Industrial y de Crédito Local serán nacionalizados con las peculiaridades y en la forma y plazos que el Gobierno establezca. Las acciones de dichos Bancos serán transferidas al Estado, mediante el pago de un justo precio (que se fijará de igual modo que el indicado para las del Banco de España).

Se exceptúa de la nacionalización el Banco Exterior de España, el cual quedará sometido a la misma regulación y limitaciones que se impongan a los Bancos privados, sin perjuicio de la intervención que el Gobierno juzgue oportuno reservarse, en tanto conserve aquél su carácter de Banco oficial (base 4.<sup>ª</sup>).

Se creará el Instituto de Crédito a medio y largo plazo, en sustitución del actual Comité. Dicho Instituto será el órgano permanente de relación entre el Gobierno y las Entidades oficiales de Crédito y ejercerá la alta dirección e inspección de tales Entidades. Dependerá del Ministerio de Hacienda y tendrá personalidad jurídica y la capacidad necesaria para el cumplimiento de sus fines (base 3.<sup>ª</sup>).

d) Banca privada.—La reforma se orienta en dos sentidos principales:

a) Tendencia a la especialización de los Bancos.—«Serán adoptadas las medidas necesarias para que, sin alterar de modo brusco la actual organización de la Banca mixta, se tienda a su especialización, teniendo en cuenta la existencia de entidades ya orientadas predominantemente hacia el sector industrial». A tal efecto se prevén, entre otras, las siguientes medidas:

1. Enajenación en los plazos que se determinan de los valores industriales en poder de cada Banco por la cuantía que excede del límite que se fije.

2. En los casos en que los Bancos actúen como promotores de nuevas Sociedades, su participación en ellas se limitará a los porcentajes que se fijan en relación con sus recursos propios y con el capital de las Empresas de que se trate (base 6.<sup>ª</sup>).

b) Modificación del llamado «*statuto quo bancario*». Se darán mayores facilidades y libertad al acceso a la profesión de banquero y al ejercicio de ésta, adoptándose fórmulas flexibles que permitan «crear la necesaria igualdad de oportunidades para todas las empresas bancarias» (base 7.<sup>ª</sup>).

c) Otros aspectos de la reforma.—Se dispone la reorganización de las Cajas de Ahorro y Cajas Rurales (base 5.<sup>ª</sup>) y Bolsas de Valores (base 9.<sup>ª</sup>); el perfeccionamiento de la legislación vigente sobre Sociedades de cartera (base 8.<sup>ª</sup>) y, en fin, medidas para facilitar la financiación de operaciones de venta a plazos de bienes de equipo industrial y agrícola y de consumo duradero, mediante la creación de entidades específicas en las cuales deberá existir representación del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas reguladoras que se dicten (base 10).

II. *Desarrollo de las precedentes bases.*—Se efectuará en forma escalonada, al ritmo más conveniente a juicio del Gobierno o del Ministerio de Hacienda, en su caso, mediante las disposiciones del rango precedente. Los Decretos con fuerza de Ley deberán dictarse en el plazo de dos años (art. 2.º).

B. **OBSERVACIONES:** En la Exposición de Motivos de la presente Ley de Bases se hace un interesante análisis de las causas, jurídicas y económicas, que hacían necesaria la reforma. Respecto a las primeras, se señala la sumaria y insuficiencia de la regulación que sobre Bancos y Compañías de Crédito contenía el Código de Comercio, cuyos preceptos —en estos extremos— «permanecieron de hecho inaplicables». En el aspecto de la realidad económica, se destaca la predominante posición que la Banca comercial o de depósito había conquistado en el sistema financiero, favorecida por el llamado *statuto quo* bancario y un movimiento de concentración hacia grandes organizaciones que, lejos de facilitar la especialización de los Bancos tendió a convertirlos en entidades polifacéticas. Para evitar los manifestos inconvenientes de esta preponderancia de los grandes Bancos mixtos en el sector de los negocios privados (inmovilizaciones excesivas, «política discriminatoria en la concesión de créditos», desatención de ciertas inversiones, etc.) se prevé adecuado sistema de especialización bancaria, a través, fundamentalmente, de una nueva reglamentación vigorizadora de los Bancos de negocios y de la Inspección de toda la Banca privada por el Banco de España, que ya se convierte en verdadero Banco de Bancos, «regulador central del mecanismo crediticio».

### III. OTRAS DISPOSICIONES

1. **COLONIZACIÓN: ZONAS REGABLES:** *Se modifican varios artículos de la Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad en las zonas regables.* (Ley de 14 de abril de 1962; B. O. del 16).

El número de artículos modificados por la presente Ley es de catorce (además de cuatro disposiciones finales) que se refieren, en síntesis, a los siguientes extremos: Elementos del Plan o Proyecto General de Colonización (artículo 4.º); concepto legal de las «tierras en exceso» (art. 11); formación de Proyectos de Parcelación (arts. 13 y 14); destino de las «tierras en exceso» adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización (art. 18); realización de las obras necesarias para la colonización (arts. 20, 22 y 24); efectos de la «puesta en riego» (arts. 26, 27 y 29); afección real al pago de las cantidades invertidas por el Instituto en relación con las zonas regables (art. 33) y exenciones y bonificaciones fiscales (art. 34).

Interesa destacar en este lugar la nueva redacción del artículo 31, que determina la trascendencia registral de los actos relativos a la colonización, al siguiente tenor:

«Todas las fincas sitas en «zonas regables», cualquiera que fuere su poseedor, estarán afectas con carga real, inscribible en el Registro de la Propie-

dad, al pago de las cantidades invertidas en las obras, en la proporción imputable a su respectivo propietario, teniendo en cuenta las subvenciones concedidas. En el Registro de la Propiedad se hará constar la afectación de las fincas por las declaraciones de interés nacional, Planes de Colonización, Proyectos de Parcelación y resoluciones que como consecuencia se dicten, que modifiquen, desde luego o en lo futuro (15), alguna de las facultades del dominio sobre los inmuebles e inherentes a los derechos reales, siempre que conste expresa y especialmente en título bastante para la inscripción que las fincas están comprendidas en aquéllas. El título para los efectos de la inscripción deberá ser expedido conforme a lo que se disponga conjuntamente por los Ministerios de Justicia y Agricultura, y, en su caso, expresará especialmente las fincas a que concretamente se refieran las resoluciones.

Respecto de las obras que el Instituto Nacional de Colonización haya de realizar previo contrato con los propietarios, podrá solicitar la anotación preventiva del crédito refaccionario, presentando en el Registro los contratos que haya celebrado.

En cuanto a las demás obras tendrá el derecho de hipoteca legal, cuya constitución o ampliación podrá instar en virtud de acuerdo del Consejo Nacional de Colonización, el cual fijará la cantidad por la que deba constituirse y señalará los bienes que han de quedar gravados con ella.

Si el acuerdo del Consejo a que se refiere el párrafo anterior no fuera firme, podrá suspenderse la inscripción y tomarse anotación preventiva de la hipoteca».

2. SEGURIDAD SOCIAL: AYUDA FAMILIAR: *Se establece un Régimen Laboral de Ayuda Familiar, en el cual se refunden, además de otras prestaciones, las actualmente denominadas «Subsidio Familiar» y «Plus Familiar».* (Ley de 14 de abril de 1962; B. O. del 16).

El objeto primordial de la presente Ley es superar --mediante una organización única-- los defectos de que adolecían, aisladamente, los sistemas de «Subsidio familiar» (parvedad de sus prestaciones) y «Plus familiar» (desigualdad entre sus perceptores, según la Empresa a que pertenecieran, por fijarse el valor del punto en función del número de dichos perceptores en cada Empresa). El nuevo Régimen general de Ayuda Familiar se financiará con aportaciones de las Empresas, de los Seguros Sociales Unificados y del Estado (a través del Fondo de Protección al Trabajo) que garantizará un valor mínimo nacional del «punto» (la disposición transitoria primera los fija en cuarenta pesetas). Será órgano gestor del nuevo Régimen de Ayuda Familiar a los trabajadores el Instituto Nacional de Previsión.

3 EMIGRACIÓN: ORDENACIÓN: *Se aprueba el texto articulado de la Ley de Ordenación de la Emigración.* (Decreto de 3 de mayo de 1962; B. O. del 15.)

Con fecha 22 de diciembre de 1960 se promulgó en la Ley de Bases para la ordenación de la Emigración, que, en su disposición adicional 1.ª autorizaba

(15) El texto de la Ley, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, dice --sin duda por error material--, «... que modifiquen, desde luego, en lo futuro...» (comp. art. 7.º R. H.).

al Gobierno para promulgar el oportuno texto articulado. En uso de tal autorización se aprueba el presente que, al propio tiempo que desarrolla aquellas bases, incorpora los preceptos aún susceptibles de aplicación y utilización contenidos en las Leyes de 20 de diciembre de 1924 (formalmente derogada) y 17 de julio de 1956 (cuyas disposiciones reglamentarias continuarán aplicándose transitoriamente, en cuanto no se opongan a la presente Ley). De este modo se obtiene «un texto refundido único que habrá de simplificar extraordinariamente la legalidad vigente sobre la emigración». (intrad. Preámbulo del Decreto que se anota).

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

GALVAO TELLES, I.: "Dos contratos em geral". 2.<sup>a</sup> edición. Lisboa, 1962. Un volumen de 127 págs.

El ilustre profesor de la Universidad de Lisboa nos ofrece ahora la segunda edición de su fundamental obra sobre la doctrina general de los contratos. No se trata de una mera reimpresión de la primera, publicada en el año 1947; estamos ante una reelaboración amplia, tanto en lo que se refiere a los puntos de vista expuestos como al nuevo y reciente material utilizado en su aspecto doctrinal y jurisprudencial.

Se trata, pues, de un estudio muy cuidado que supera en amplitud y profundidad al anterior. Basta una consulta de la obra para darse cuenta de las nuevas materias tratadas, entre las que destacan las referentes a la simulación, a los negocios fiduciarios, a la cesión del contrato, a los contratos mixtos (incluyéndose los negocios indirectos), a la unidad de los contratos, así como de otras varias.

La teoría general del contrato que elabora el profesor Galvão Telles se refiere tanto al estudio particular de esta relación jurídica como a su esquema general en abstracto, pudiéndose advertir una sistematización de los elementos y requisitos, de su eficacia e ineficacia, interpretación, representación, cesión y especies. Se puede decir que estamos ante una elaboración completa de la teoría del negocio jurídico bilateral.

En esta obra hay que destacar el impulso y nervio que contiene, que bien denota la categoría de este civilista lusitano. Su fino tacto nos descubre, en un intento de síntesis y comprensión, las tendencias modernas del derecho contractual contemporáneo: una derogación del principio absoluto de tipicidad, la advertencia de nuevas categorías contractuales, la disminución de la intensidad del principio de autonomía de la voluntad, la mayor eficacia vinculativa de los contratos y la vitalidad permanente del contrato.

En suma, se trata de un estudio monográfico bien sistematizado, rico de contenido y sugestivo que bien merece los galardones de figurar entre las obras clásicas de la civilística europea.

ISTITUTO DI DIRITTO AGRARIO INTERNAZIONALE E COMPARATO (FIRENZE): "Atti della Prima Assamblea" (Firenze, 4-8 Aprile 1960). Milano, 1962. Editorial A. Giuffrè. Tres volúmenes de LXIX más 715, 804 y 935 págs., respectivamente.

Estas Actas son la continuación de las que tuvo la primera Junta Internacional de Derecho Agrario (1955), en las que se marca y expresa una unidad íntima en la materia, pues analizan la evolución del nuevo *ius proprium* de la Agricultura en la sociedad de nuestro tiempo.

La primera Junta propuso a los participantes el problema de la tierra como una cuestión jurídica. En dicha Junta se quiso fundar la concepción de cosa y de propiedad de la tierra sobre un criterio social y jurídico como una entidad corporal que se encuentra en la naturaleza o se ha formado con el trabajo del hombre. Con Savatier, Hedemann y De Castro y Bravo, todos los autores italianos y extranjeros, dice el profesor Bolla, estaban de acuerdo en las siguientes conclusiones: a) El renacer del *ius georgicum* propio, como sistema de un Derecho objetivo constitucional; b) Sus caracteres, formación y función ordenadora y equilibradora; c) El deber de hacer indagaciones científicas y la necesidad de enseñar el Derecho agrario.

La evidencia de la importancia actual de indagaciones sistemáticas, la función de comparación que se obtuvo al examinar las memorias y las discusiones de unos trescientos juristas de treinta y seis países distintos, sugirió a dicha Junta la intención de formar un gran laboratorio de indagaciones jurídico-económicas sobre los problemas y sobre los principios generales del Derecho agrario como "sede de un Comité Internacional que examine, reúna y elabore todos los elementos que se refieren a este Derecho".

Según dice el profesor Bolla, todos se dieron cuenta de que el *ius proprium* de la Agricultura es un problema que se debe llevar a cabo y no se puede reducir, ni limitar, ni mucho menos excluir; tal Derecho expresa la voz concreta de la razón y de un grupo de leyes autónomas que se concretan en situaciones objetivas y que actualmente adquieren mayor valor en la concepción de las comunidades internacionales, como instituciones que prevalecen sobre el argumento "contrato", como un postulado indispensable de una solidaridad, de una organización internacional que es la expresión y condición para que se encuentre una larga convivencia de intereses y finalidades, y no sólo de una convivencia superficial y aguantada de mala gana. Se trata de un Derecho propio que se elabora en la idea de una voluntad común, de una justicia que distingue el *ars possessiva* de el *ars pecuniativa*; los bienes de producción de los bienes de consumo; se trata de un Derecho que concilia sobre bases institucionales la nueva organización de los bienes de producción y de trabajo, cual un fenómeno histórico y jurídico.

El primer volumen de estas Actas contiene la presentación, la organización de la Asamblea, la participación de la misma, su desarrollo y las órdenes del día. La relación introductoria la hace el profesor Bolla

y se pasa a exponer a continuación las veinticuatro ponencias que se presentaron sobre la estructura de la propiedad. En el volumen segundo se integran otras quince ponencias sobre el mismo tema, concluyéndose el tercero con otras treinta y dos sobre el "credito agrario y sus garantías jurídicas". En este volumen aparecen, además, otras contribuciones sobre temas varios de la agricultura y se recogen las intervenciones de la Asamblea.

JOSÉ BONET CORREA

**INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE (ANNUAIRE 1960): "Aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé (Projets et Conventions)". Rome, 1961. Un volumen de 545 págs.**

Es ya conocido el prestigio e interés que tiene el *Anuario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*. Como otros años, damos cuenta de esta obra, que reúne los proyectos y convenios llevados a cabo, así como la serie de actividades de este gran Instituto.

De tres partes bien definidas consta el *Anuario* de 1960. En la primera, después de exponer la lista de miembros y de la organización del Instituto, se pasa a detallar los trabajos que se realizaron, destacándose el "Comentario del Proyecto de Convenio relativo a los derechos reales sobre embarcaciones", el "Comentario del Proyecto de Convenio relativo al contrato de transporte internacional de viajeros y de equipajes por carretera", debido a Jan Hostie, y los "Comentarios del Proyecto de Convenio debidos a la Ley Uniforme sobre el contrato de comisión de venta o de adquisición de objetos muebles corporales en las relaciones internacionales", de Max Gutzwiller. Hay que añadir la inclusión que se hace del "Proyecto de Convenio debido a la Ley Uniforme sobre la representación en materia de Derecho privado en las relaciones internacionales".

La segunda parte del *Anuario* da cuenta de la unificación del Derecho ocurrida en el mundo. Sara Falk expone "La cooperación nórdica dentro del plano legislativo en 1959 y 1960"; George R. Richter, Jr., trata de "Las leyes uniformes en los Estados Unidos" (1959-1960); Jacques van der Gucht relata "La unificación del Derecho en los países del Benelux", y Arthur Phillips aborda "Los aspectos del Derecho en juego sobre el continente africano". Además, se incluyen los textos sobre el "Proyecto de Convenio relativo al contrato de transporte de mercancías en la navegación interior"; el "Convenio relativo a la unificación de ciertas normas en materia de abordaje en la navegación interior"; el "Proyecto de Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias"; el "Proyecto de Convenio concerniente a la competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores"; el "Proyecto de Con-



venio que suprime la exigencia de la legislación de los actos públicos extranjeros”, y el “Convenio sobre la responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear”.

La tercera parte del *Anuario* la componen la serie de datos bibliográficos en materia de unificación del Derecho, donde se forman las secciones siguientes: publicaciones y documentos del Instituto, la unificación en el ámbito mundial, la unificación en el ámbito regional y la unificación en el ámbito comunitario (CEE y CECA), concluyéndose con una sección dedicada a la unificación interfederal e interna.

JOSÉ BONET CORREA

**JORDANA DE POZAS: “El derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión”. Discurso de inauguración del curso 1961-62 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1962. Un volumen de 61 págs.**

El régimen jurídico del agua es abordado en el discurso, leído y ahora publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por el ilustre Catedrático Jordana de Pozas. Después de hacer ver la importancia que tiene el agua en la vida de la persona humana y su vida de relación social, pasa a exponer las consideraciones jurídicas del tema. Establece tres corolarios: Uno es el de la superioridad del Derecho de las aguas en los países áridos respecto de los países húmedos, ya que la menor abundancia del agua en aquéllos suscita inevitablemente cuestiones, problemas y conflictos que requieren su regulación por la ley o la costumbre y el establecimiento de instituciones y autoridades que la lleven a la práctica. Un segundo corolario es el de la superioridad del Derecho actual respecto del que regía sobre la misma materia en tiempos anteriores, lo que resulta inevitablemente del hecho de que el progreso científico, económico y social exige cada vez mayores cantidades de agua. Y, el tercer corolario que saca este autor es con arreglo a la escasez del agua que es sensiblemente paralelo al mayor o menor predominio del factor público respecto del privado en el Derecho que regula la propiedad y los derechos de uso y aprovechamiento de las aguas.

Este ilustre maestro obtiene una conclusión y es que puede explicarse, por una parte, que en los países húmedos gobernados por partidos socialistas es mucho menor el carácter intervencionista y público de las leyes de aguas que en otros países áridos, de régimen fundamentalmente individualistas.

Además, el discurso se refiere al carácter de nuestra legislación medieval y moderna de aguas hasta llegar a las disposiciones dadas en el siglo pasado, como la fundamental Ley de Aguas de 1866. Después del examen de la legislación vigente, se hace un estudio comparado de Italia, Francia,

Norte de Africa, de América del Norte e Israel, concluyéndose con la oportunidad de la revisión actual en nuestro Derecho de aguas.

JOSÉ BONET CORREA

JULIEN, Pierre: "Les contrats entre époux". *La Pensée Universitaire*, Aix-en-Provence, 1960, 234 págs. + VI.

La presente obra —que ofrece todas las características de ser una Tesis Doctoral— trata de un tema clásico en la bibliografía jurídica francesa; baste citar, sólo entre las Tesis, las de Lance (1866), Barberet (1873), Gouyon (1888), Duthoit (1892), Gestin (1894), Chazettes de Barges (1900), Beaunier (1907), y últimamente las de Dessard (1939), Tiret (1941) y Borysewick (1960); mucho más numerosos son, todavía, los artículos en revistas, sobre todo en los últimos años. La persistencia del tema denuncia la existencia de un problema, acaso no satisfactoriamente resuelto, y que la Ordenanza de 19 de diciembre de 1958 relativa a las sociedades entre cónyuges ha puesto nuevamente de actualidad.

Para Julien la noción clave es la de "alteración", pues los contratos entre cónyuges no se comportan igualmente que entre dos personas extrañas una a otra. La alteración que se produce en el contrato para no afectar al orden público matrimonial, es de distinta naturaleza; unas veces se refiere a la validez del mismo, y así son inválidos los contratos de venta y de trabajo, y en general todos los traslativos a título oneroso; otras veces el contrato sólo es válido en determinados casos señalados por la ley (sociedad, arrendamiento, préstamo); a juicio de Julien hay ocasiones en que el contrato, válido en sí mismo, no puede funcionar en atención a la convivencia entre los cónyuges (así en el depósito, comodato y prenda); el mandato y la donación son, por su parte, revocables. Por todo ello subraya el autor que raro es el contrato celebrado entre cónyuges que no sufre alteración de una u otra forma.

Analiza luego Julien el fundamento de la alteración; a su juicio es doble; en primer lugar, de orden técnico-jurídico pues —afirma— el Derecho matrimonial y el Derecho contractual no han sido previsto para coexistir entre las mismas personas, ya que el contrato crea entre los cónyuges un vínculo jurídico, mientras que ellos ya estaban unidos por otro vínculo jurídico y moral; pero a su juicio es más profundo el segundo fundamento, consistente en que el contrario entre cónyuges efectúa una contraposición entre dos estados psicológicos diferentes.

Por todo ello concluye que el matrimonio no permite un margen muy amplio al contrato entre cónyuges; los contratos a título oneroso requieren un estado de espíritu que los cónyuges no pueden tener, mientras que los contratos a título gratuito —más compatibles con la mentalidad de cónyuge— sufren alteración en razón de las exigencias técnicas del es-

tatuto matrimonial de bienes. En consecuencia, no cabe augurar un brillante porvenir a la institución del contrato entre cónyuges.

Una Tesis ingeniosa, bien trabajada, aunque con bibliografía exclusivamente francesa como es habitual. La consulta de los arts. 1.334 y 1.458 del Código civil español hubiera sido al autor de utilidad.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**MILANI, Francesco: " Consorzi reali in agricoltura ". Parte Speciale. Dott. A. Giuffré, Editore, Milano, 1961, 355 págs.**

Aparecida en 1959 la "parte general" de la obra que motiva esta nota, a la que nos referimos en este mismo ANUARIO (XIII, fasc. III, págs. 990-992), nos llega ahora la "parte especial", incluída también entre las publicaciones del "Istituto di diritto agrario internazionale e comparato" de Florencia y que edita el Dott. A. Giuffrè, de Milán.

Definidos los consorcios reales en agricultura como asociación voluntaria o coactiva de propietarios con el propósito de actuar un interés común, mejorando sus fundos y expuesta en aquel primer volumen una teoría general de esta institución, el terreno quedaba convenientemente preparado para penetrar con fruto en la selva de leyes especiales, decretos y circulares que intentan encauzar los diversos tipos de consorcios. El esfuerzo del autor en este sentido ha sido extraordinario y a los muchos méritos de la obra debe añadirse el de haber logrado sistematizar y utilizar una legislación abundantísima, cuyo manejo ofrece dificultades muy considerables.

Se estudian en los diversos capítulos las figuras especiales de consorcio, así el "consorcio di bonifica" (cap. I), analizado en sus precedentes históricos, fuentes, fines y funcionamiento, en todas sus fases vitales, hasta su extinción, definiéndolo como persona jurídica pública, con fines de interés público y ente público económico. Los "consorcios de recomposición fundiaria" (cap. II), que tienden a perfeccionar de modo estable y duradero fundos que son núcleos empresariales ya existentes y suficientemente organizados, pudiéndose tratar de personas físicas o jurídicas, a veces públicas. Entre los "consorcios menores" (cap. IV) se incluyen los consorcios para la utilización de las aguas públicas o privadas, consorcios de irrigación, consorcios de repoblación forestal, consorcios de prevención en terrenos montañosos, consorcios para la utilización de caminos vecinales y entre los "consorcios atípicos" (cap. V), los consorcios hidráulicos, los consorcios para la defensa de los cultivos, etc.

Los índices cuidadísimos, por materias, y de los códigos y de las leyes citados, que comprenden ambos volúmenes, son una muestra clara del considerable esfuerzo realizado por el autor.

E. VERDEIRA

**NAVARRO AZPEITIA:** "La cuarta marital vidual justiniana". Discurso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, con la contestación del académico ROCA SASTRE. Barcelona, 1961. Un volumen de 65 págs.

En este discurso académico, el ilustre notario de Madrid, señor Navarro Azpeitia, es recibido en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona con un tema que, en aquel ámbito, tiene mucha importancia. La institución jurídica de la "cuarta marital o uxoria" es objeto de su examen, desde varios puntos de vista, si bien ciñéndose a la regulación de que fué objeto en las Novelas justinianas; tal institución, que constituye un resguardo y protección de la mujer, se examina por el conferenciante tanto en sus orígenes como en su evolución en los textos de Justiniano con objeto de desentrañar las dudas respecto a su alcance y naturaleza jurídica.

Después de advertir cómo ciertos anteproyectos catalanes, si bien estaban de acuerdo en lo fundamental, no obstante, en otros, y en la Compilación vigente, cree que nos hallamos ante una institución de matices siempre inciertos. De aquí que el propósito de su trabajo sea el pretender estudiar sus orígenes legislativos romanos para ver si en ellos, y solamente en ellos, se pueden deducir conclusiones actualmente útiles.

Con el estudio de cuatro Novelas justinianas sobre la cuarta marital y las cuestiones que plantean, se pasa al examen de la cuarta marital en su modalidad sucesoria, con objeto de delimitar su naturaleza jurídica. Una vez expuestas las opiniones de los más ilustres romanistas, cree este autor que no parece válido el negar a la cuarta marital su naturaleza hereditaria, sino, en todo caso, para calificar la aptitud adquisitiva de la viuda llamada a ella. A juicio de este autor, no existe diferencia de fondo, sino solamente de expresión, entre el llamamiento conjunto de la viuda y los hijos a la sucesión del padre y esposo que hace la Novela LIII y la CXVII, en la que Justiniano manifestó, con distintas palabras, idéntico propósito y quiso obtener el mismo resultado que el que ya había expresado y querido en la Novela LIII. De aquí que este autor sostenga que, en el Derecho justiniano, y sin pensar en las transformaciones posteriores de la institución, el derecho de la viuda, por razón de cuarta vidual marital, es de naturaleza sucesoria forzosa y de tipo hereditario legitimario, en todo caso.

Antes de concluir su estudio, el autor se refiere a los derechos sucesorios de las viudas contenidos en la vigente Compilación catalana de Derecho civil.

La contestación que hace Roca Sastre se ciñe al mismo tema, si bien completa otro aspecto de la evolución sufrida por esta institución, cual es el que producen ciertas corrientes interpretativas en el Derecho común y en el Derecho intermedio.

SANTORO-PASSARELLI, F.: "Dottrine generali del Diritto civile". 7.<sup>a</sup> edición. Napoli, 1962. Un volumen de 317 págs.

La obra sobre la "Parte General" del Derecho civil, que el profesor Santoro-Passarelli había dado a la prensa en su primera edición en 1944, aparece ya en la séptima. Como entonces, la estructura sistemática del estudio de esta parte del Derecho civil permanece sin transformaciones ni evoluciones; en aquella época aparecía como el primer intento de sistematización de carácter general del nuevo Código civil italiano, y, ahora, permanece con la misma impronta con que había surgido.

La abundante elaboración doctrinal que con anterioridad se había desarrollado permitía tener los puntos de referencia y señalar la riqueza de argumentaciones sobre las instituciones. Ahora se mantiene una selección bibliográfica con especial atención de la más reciente doctrina italiana, así como de la jurisprudencia de la casación civil, que tiene mayor importancia.

Esta obra sobre la "Parte General" del Derecho civil no contiene el estudio de la teoría general del Derecho. Concretamente, la exposición que tradicionalmente se suele hacer del concepto del Derecho, de las fuentes y su interpretación, no aparece en ella. En cambio, el autor cree de suma importancia el tratar de la doctrina, de los sujetos y de los objetos del Derecho, que, a pesar de pertenecer fundamentalmente al Derecho público, debe ser comprendida en la doctrina general del Derecho privado por su conexión a las instituciones civiles. Por tanto, se exponen las materias que hacen referencia a la persona, a las cosas, a las relaciones jurídicas y a los hechos, entre los que tiene un particular relieve el negocio jurídico.

Una vez más, el ilustre profesor de Roma mantiene la opinión de que, hoy en día, todo el Derecho privado es Derecho civil; el intento de crear un Derecho mercantil sistemáticamente autónomo cree que carece de base, puesto que el Código civil italiano al regular de un modo uniforme las relaciones patrimoniales, cualquiera que sea la actividad económica para la que las relaciones se constituyen, las ha unificado el derecho patrimonial.

JOSÉ BONET CORREA

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE y  
José María DESANTES GUANTER.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

BARMANN, Johannes: *Las Comunidades europeas y la aproximación de los Derechos*. RIN, año 12, núm. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 13-82.

Descueltas, como antecedente de lo que sigue, ciertas «Comunidades europeas», en sus rasgos y en sus características, se aprecia la influencia de dichas Comunidades en la aproximación de los Derechos europeos en el aspecto legislativo, en el de los principios políticos, en el ámbito ejecutivo derivado de la adopción de medidas supranacionales, en la vía jurisdiccional, etc.

GIORGIANI, M.: *El Derecho privado y sus confines actuales*. RDM, núm. 80, abril-junio 1961; págs. 421-429.

Conferencia resumida por E. Verdera, en la que se intenta presentar el cuadro del Derecho privado, de acuerdo con la realidad social actual. Superación de la vigorosa separación entre el Derecho público y el Derecho privado, socialización de esto y creciente privatización del Derecho administrativo.

MENÉNDEZ, José: *Examen de los fundamentos jusprivatistas de varias situaciones afectantes al impuesto de derechos reales*.

Empresas eléctricas e impuesto de derechos reales, aportaciones no dinerarias compensadas con acciones en cartera, reservas de sociedades, transmisiones encubiertas de aumento de capital, afecciones inmobiliarias en los casos de comprobación del valor por tasación pericial, distintos tipos tributarios para los bienes muebles e inmuebles, comprobaciones administrativas.

SÁNCHEZ FONTANS, José: *El método activo en la enseñanza del derecho*. RDEA, núm. 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 22-36.

Consideraciones generales en torno al método pedagógico en el ámbito jurídico. Posición del maestro y de los discípulos en la enseñanza y aprendizaje del Derecho.

## 2. Derecho de la persona.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La causa en el negocio jurídico*. RDN, núm. 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 283-425.

Con el subtítulo de «Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto» se estudia la teoría de la causa en el Derecho moderno y en sus precedentes históricos. Después en el Derecho español, con un intento de reconstrucción dogmática de la misma. Superando los diversos o antagónicos conceptos la causa se muestra, a juicio del autor, como un concepto irreductible, que, o se difumina en su vaguedad a veces, o se perfila claramente en su evidencia otras. El estudio se plantea, por su carácter, en un triple ámbito: doctrinal, histórico y dogmático.

DEL ARENAL, José Jesús: *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*. RDEA, núm. 20, octubre-noviembre-diciembre 1959; páginas 1027-1058.

Como idea previa se alude al concepto de valor para estudiar después las teorías en cuanto al valor interno de la moneda, al nominalismo y a la desvalorización. Cláusulas de estabilización. Repercusiones de la desvalorización en el Derecho civil (en instituciones diversas). Entiende el autor no deben adoptarse posiciones extremas en la pugna valorismo-nominalismo. Aunque al fenómeno de la desvalorización se suele estudiar en relación con instituciones dinámicas del Derecho civil, en última instancia la desvalorización monetaria afecta directamente a la propiedad.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía*. RDEA, número 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 37A-52A.

Significados diversos de la expresión «negocio aparente». Delimitación con el negocio fiduciario, considerado por el autor como aquel que realiza una combinación atípica a base de una transferencia real más una obligación personal dirigida a contrarrestar *inter partes* la primera, y que por su desproporción del fin perseguido y el riesgo que ello implica se efectúa solo a base de la confianza del transferente en el transmisario. Tipos y aplicaciones de esta figura negocial: como negocio modal, y como negocio de garantía.

MOLINA PASQUEL, Roberto: *La institución del fideicomiso*. RIN, año 12, números 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 137-147.

Ponencia a la XI Conferencia de la Federación interamericana de abogados motivada por el estudio de dos Proyectos de Ley Uniforme en

materia de «trusts» o fideicomisos. El primero relativo a la conveniencia de «encajar» en los Códigos de base romano-napoleónico la figura de la «propiedad fiduciaria»; el segundo sobre la necesidad de unificar las legislaciones en materia de «trusts» y fideicomisos sobre la base de las tendencias seguidas en los Derechos anglosajones.

TAVARES DE CARVALHO, Fernando: *Derecho Formulario*. RIN, año 12, números 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 161-188.

Indicado brevemente el significado de la forma y su relación con el contenido de los actos jurídicos, se tilda de contradictoria la expresión «Derecho formulario». Los formularios no pretenden sino ser un instrumento de ayuda al profesional que en ningún caso pueda ciegamente reproducirse. Significado de la «fórmula» en la Historia y especial referencia al Derecho portugués.

VÁZQUEZ DE CASTRO, I.: *La función de la voluntad en los negocios jurídicos*. RDEA, núm. 22, abril-mayo-junio 1960; págs. 149-169.

La voluntad en el Derecho, el negocio como voluntad (voluntad y declaración), función de la voluntad en el negocio jurídico (eficacia normativa de la voluntad), ámbito y límites de la autonomía privada.

### 3. Derecho de cosas.

BONET CORREA, José: *En torno al concepto y sistemática jurídica del dinero*. RDN, núm. 32, abril-junio 1961; págs. 139-159.

Se trata de unas consideraciones en torno a la obra de Falck «El dinero y su posición específica en el Derecho de cosas» (publicado en Stuttgart en 1960), haciendo previamente una invocación a la necesidad de que el dinero, para ser bien apreciado, ha de ser tomado en consideración desde todos los puntos de vista desde los que puede ser estudiado. Se comenta y enjuicia la posición de Falck, que encuadra el dinero en el Derecho de cosas y no en el de obligaciones.

BONET CORREA, José: *La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*. RDN, núms. 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 247-282.

Como consecuencia del artículo 9 de la Ley de propiedad horizontal de 1960 la servidumbre a favor de un edificio futuro viene a ser una consecuencia de la posibilidad de adquisición de apartamentos en el edificio por construir. Así mismo del nuevo artículo 396 C. c. Admitida la adquisición del apartamento, como cosa futura, se adquiere con los elementos



que la Ley señala: entre ellos las servidumbres. Ello justifica el enunciado conjunto del estudio. Se estudian después sus dos partes: a) la servidumbre en favor de edificio futuro; b) la adquisición de apartamentos en el edificio por construir.

BORJA SORIANO, Manuel: *Las servidumbres de luces y de vistas*. RDEA, número 20, octubre-noviembre-diciembre 1959; págs. 1093-1110.

Examen de las servidumbres de luces y vistas en el Derecho mexicano, distinguiendo las que califica de servidumbres legales (las que nuestra doctrina califica de relaciones de vecindad) y las voluntarias. Considera la servidumbre de luces continua y la de vistas discontinua; no susceptible, pues, de adquirirse por prescripción.

CERRO GONZÁLEZ, Manuel: *El Arreglo de Neuchâtel de 1947 sobre Propiedad industrial*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961; págs. 333-341.

Algunos problemas de interpretación del «Arreglo» indicado; en relación con la duración de la protección otorgada a los productos.

MASCAREÑAS, C. E.: *Más sobre las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen*. RDM, núm. 78, octubre-diciembre 1960; págs. 355-374.

Complemento a trabajos anteriores del autor en torno a las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen, en vista de lo escrito con posterioridad por otros autores y del Arreglo internacional de Lisboa, de 31 de octubre de 1958. conceptos respectivos, aspectos internacionales, sistemas de protección. El «Arreglo» de Lisboa de 1958.

MASCAREÑAS, C. E.: *Derecho internacional unionista en materia de marcas de fábrica y de comercio*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961; págs. 131-152.

Examen de los principios contenidos con respecto a la protección internacional de las marcas en el Convenio de París de 1883, en el Arreglo de Madrid de 1891 y en el Arreglo de Niza de 1957, con indicación de sus respectivas modificaciones y revisiones.

PERALTA, Carlos E.: *Régimen guatemalteco de la propiedad horizontalmente dividida*. RIN, año 12, núm. 45, 1.º trimestre 1960; págs. 75-111.

Estudio de la Ley guatemalteca sobre propiedad horizontal de 10 de octubre de 1959. Legislación anterior, antecedentes, régimen jurídico de la propiedad horizontal. El problema de la forma: intervención judicial

y notarial. Registro de la propiedad horizontalmente dividida. La Ley, en general, contiene novedades fundamentales.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: Legislación sobre la Propiedad Horizontal.** RIN, año 12, números 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 353-394.

Por considerarlo de interés para nuestros lectores, dada la significación actual de la materia, advertimos que en el lugar indicado se reproducen textualmente, aparte de la Ley española de 1960, las Leyes de propiedad horizontal de Guatemala (1958) y Venezuela (1959).

**R. P. E.: Eficacia relativa de la concesión de modelo de utilidad.** RDM, número 80, abril-junio 1961; págs. 479-486.

Comentario a una Sentencia del Tribunal Supremo de 14-III-61; en torno a la eficacia de la concesión de modelo de utilidad en la fabricación de muñecas de cintura articulada. El Tribunal Supremo, en la Sentencia, se pronuncia por una eficacia muy relativa en la concesión de los modelos. Estima el autor que la circunstancia de que el modelo inscrito ya se utilizaba con anterioridad a su concesión ha de probarse por quien aduce este hecho, gozando, en principio, el que tiene concedido el modelo de una protección inicial.

**VÁZQUEZ DE CASTRO, I.: Preferencia entre los retractos legales.** RDEA, número 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 40-55.

En la parte preliminar se configuran los derechos de adquisición frente a las limitaciones del dominio. Supuestos diversos de colisión y preferencia entre retractos legales. Colisión de retrayentes dentro de un mismo retracto. Retracto legal y derechos voluntarios de adquisición. El problema en los retractos administrativos.

#### 4. Obligaciones y contratos.

**BERNARDEZ, LUIS: Arrendamientos urbanos.** RJC, noviembre-diciembre 1960; páginas 801-860.

Continuación de la colección sistematizada de jurisprudencia en materia de arrendamientos urbanos, en los diversos problemas que la interpretación de la Ley entraña.

**GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: La distinción entre poder y mandato en el Código civil español** RIN, año 12, núms. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; páginas 83-135.

Parece ya pacífica la distinción en nuestra doctrina entre mandato y representación. No así entre mandato y poder. Intento de una construcción

de la distinción, extraída de los textos del Código interpretados en sí mismos y con fines teleológicos. Ante un poder abstracto no concordante con su relación básica, y, efectos de ver a cuál hay que dar superior valor, se enfrenta el autor con estas tres cuestiones: A) En cuanto a la eficacia representativa del mandato entiende que en nuestro ordenamiento el poder de representación forma parte de la autorización para ingerirse en la esfera jurídica del mandante. Sin necesidad de ningún otro requisito para que el mandatario «represente». B) En cuanto al negocio de apoderamiento no lo estima concebible, como negocio autónomo en el Derecho español. C) El «poder» en la técnica del Código civil.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Condictio ob turpem vel injustam causam*. RDN, número 32, abril-junio 1961; págs. 7-40.

En materia «ob turpem causam» se ha considerado tradicionalmente como una situación de ineficacia total, de inexistencia o nulidad de pleno derecho, tan absoluta que no requiere declaración judicial. La acción de repetición aparece así en primer plano. El autor estudia separadamente supuestos de promesa torpe y supuestos de prestación torpe. Sólo los últimos caen dentro de la condictio. Hipótesis diversas, dentro de uno y otro caso: promesa y prestación. Historia, Derecho comparado, Derecho español.

MADRIDEJOS SARASOLA, José: *La cesión de créditos*. RDN, núm. 32, abril-junio 1961; págs. 381-402.

Con antecedente a un esbozo de formulario sobre cesión de créditos se estudia doctrinalmente la figura, Delimitación del concepto de la cesión, régimen jurídico, perfección del negocio de cesión en sus diversos elementos. Se termina el trabajo examinando los efectos de la cesión.

##### 5. Derecho de familia.

ALTAMIRANO, Juan G.: *Requisitos para el matrimonio de menores (examen de algunos requisitos)*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 25-30.

Hipótesis especiales de matrimonio de menores en la legislación germana, en relación con el problema del consentimiento para casarse. Menores presos o internados en establecimientos de beneficencia, hijos ilegítimos, revocación del consentimiento, falta de recurso contra la negativa paterna, matrimonio sin el oportuno consentimiento.

BARMANN, Johannes: *La Ley sobre igualdad de derechos en la República Federal*. RIN, año 12, núm. 45, 1.º trimestre 1960; págs. 17-49.

Consideración y exposición general de la Ley alemana de 18 de junio de 1957 sobre equiparación jurídica de hombre y mujer en el ámbito del

Derecho civil. Posición de la Ley en cuanto a la filiación, y régimen de bienes, como aspectos más importantes desde el punto de vista notarial.

ESCRIVÁ DE ROMANI, FRANCISCO: *La renuncia a la sociedad de gananciales y la comunidad de gananciales en liquidación*. RDEA, núm. 22, abril-mayo-junio 1960: págs. 83-109.

Estudio de la renuncia a la sociedad de gananciales en los tres momentos: antes y durante el matrimonio y después de extinguida la sociedad. Delimitanse cuidadosamente la renuncia a la sociedad de gananciales como régimen matrimonial y la renuncia a sus efectos y consecuencias, a los gananciales obtenidos. Con independencia de lo anterior procede a continuación el autor de examinar la fase o situación de liquidación de la sociedad de gananciales: naturaleza, administración, disposición, admisiones y operaciones liquidatorias.

GIMÉNEZ-ARNAU, ENRIQUE: *Escrituras de divorcio*. RDN, núms. 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 429-446.

Examen de los pactos matrimoniales que el autor llama «escrituras de divorcio» y que se hacen a veces en Aragón con el efecto de una sentencia judicial de separación matrimonial. Se rebaten las objeciones a dichas escrituras y se destaca su significado y posible función. Se propugna al mismo tiempo la reforma del C. c. en materia de capitulaciones matrimoniales.

LA REVISTA: *Filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri*. RDEA, núm. 20, octubre-noviembre-diciembre 1959: págs. 1111-1115.

Examen del principio según el cual «en la denominación de hijos están comprendidos todos los que descienden de nosotros». La expresión hijo puede dar lugar a situaciones distintas que deben catalogarse así: a) expresión que refleja una cualidad o estado; b) título que fundamenta una determinada pretensión; c) expresión que abarca toda la descendencia común.

PUIG PEÑA, FEDERICO. *Furor nuptias impedit, factas vero non infirmit*, RDEA, número 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 56-59.

Comentario breve en torno al principio, según el cual «la locura impide las nupcias, pero no anula las celebradas».

RESTREPO GUTIÉRREZ, FRANCISCO: *El abuso del derecho en las potestades familiares*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 67-78.

Supuestos concretos y manifestaciones específicas del abuso del derecho en el ámbito de las potestades familiares. La patria potestad romana y la de otros Derechos. Emancipaciones abusivas, abusos correctivos, consentimiento para el matrimonio del menor, administración legal de los padres. El trabajo casi puramente enunciativo, va referido sobre todo a la Legislación colombiana.

## 6. Derecho de sucesiones.

ALONSO LAMBÁN, MARIANO: *«Vidal Mayor» y la adveración del testamento* RDN, núm 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 447-469.

Estudio complementario al publicado anteriormente por el autor en la misma Revista (cfr. núm. 5-6 y núm. 9-10) y en el que no pudo consultar la glosa de Vidal de Canelas a la Compilación de Huesca. Aparecida en 1956 la edición del «Vidal Mayor», tras su consulta se hacen las oportunas adiciones y rectificaciones al trabajo indicado, relativo a las formas testamentarias en la Alta Edad Media Aragonesa.

CARAMBULA, Adhemar: *Admisión fiscal de deudas*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 31-66; año 13, núm. 49, 1.º trimestre 1961; páginas 15-50

Tratamiento y computación de deudas hereditarias en el Derecho tributario comparado.

CASASÚS HOMET, Emilio: *Las disposiciones residuarias que afectan a la legítima*. RDN, núm. 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 470-476.

Intento de liberar la sustitución de residuo del concepto genérico de «sustitución fideicomisaria», a efectos especialmente de la relación con lo dispuesto en el artículo 813 C. c.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *El problema de la sucesión en la posesión*. RDEA, número 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 219-227.

Rápida y previa delimitación de los conceptos sucesión y posesión en su naturaleza. Sistemas y mecanismos de la sucesión *mortis causa* en la posesión en los distintos sistemas jurídicos. Entiende el autor sobre la base del artículo 440 C. c., que en nuestro Derecho parece regir el sistema llamado germanista.

FORNESA, RICARDO: *Trato a las instituciones y fideicomisos del nuevo Reglamento de derechos reales*. RJC, noviembre-diciembre 1960; págs. 787-792.

Aspectos fiscales, en el ámbito del Derecho común y en el del foral, de las sustituciones y fideicomisos. Cálculo de la base y problemas de Derecho transitorio.

JORDANO BAREA, JUAN B.: *La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento*. RDEA, núm. 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 224-233.

¿Cuál será el momento decisivo para la interpretación testamentaria? El problema surge por la *vacatio* entre el otorgamiento y la apertura de la sucesión. Un testador instituye a «su esposa»; muere ésta, se vuelve a casar y estima superfluo testar de nuevo, entendiendo vale el primer testamento para la segunda esposa. El ejemplo, tomado de Lange, es comentado por el autor, que rebate la tesis de aquél, según la cual es eficaz esa voluntad que llama «verdaderamente última» del testador. La voluntad relevante es la expresada en el testamento y no la manifestada en época sucesiva.

LA REVISTA: *Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare quare exheredari vel praeteriti non potest*. RDEA, núm. 22, abril-mayo-junio 1960; páginas 171-174.

Breves notas en torno al significado del principio «Decir que el testamento es inoficioso significa la razón por la que no haya debido desheredar o preterir». Se indican tres tipos de situaciones: causas de desheredación que no son de indignidad, causas de indignidad que no son de desheredación, causas que son ambas cosas.

LA REVISTA: *Hereditas vel omnia admittantur vel omnia repudientur*. RDEA, número 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 301-304.

Comentario breve y problemas concretos en torno al principio de que la herencia debe ser aceptada o repudiada en su totalidad. La consideración integral cuantitativa se concibe, pues, como la existencia de un ente real sucesorio contemplado *in totum* por el heredero y sirviendo así como presupuesto de concordancia a su declaración de voluntad. Llamamiento con *causa* distinta.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero*. RDN, núm. 32, abril-junio 1961; págs. 41-133.

Delimitación, configuración y supuestos de sucesión universal y de sucesión particular. La sucesión universal y la condición de heredero como

cualidad personal, naturaleza de la adquisición, la unidad patrimonial de la herencia, la sucesión particular y el legado; la herencia y el usufructo, sucesión universal y sucesión normal. Alude después el autor a la designación del heredero, refiriéndose a la sucesión universal y a la institución de heredero, a la institución «ex re certa», al legado de parte alicuota, a supuestos dudosos y a hipótesis de distribución de toda la herencia en legados.

LAFOUR BROTONS, Juan: *El legado de parte alicuota*. RDEA, núm. 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 3-21.

El legado de parte alicuota en su configuración doctrinal y especialmente a través de nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General. Supuestos diversos y problemática concreta.

MOLLEDA, José Antonio: *Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario*. RDEA, núm. 20, octubre-noviembre-diciembre 1959; págs. 1059-1091.

El legado de renta vitalicia es analizado en su concepto, historia, especies, caracteres, naturaleza y régimen jurídico. Seguidamente, y demostrada la posibilidad de imponer cargas al legatario, es examinado el legado a cargo del legatario (sublegado), distinguiendo la figura del legado sub modo. Objeto del sublegado y régimen jurídico del mismo. Termina el estudio con la combinación de las dos instituciones previamente descritas, analizando el legado de renta vitalicia a cargo del legatario. Referencia al artículo 508 Código civil.

MORAL LÓPEZ, Antonio: *Cláusula «socinia» y viudedad universal*. RDEA, número 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 305-315.

Comentario elogioso en torno a una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la Roda (Albacete), sobre un supuesto de no aceptación por el legitimario de una cláusula sociniana.

SAPENA TOMÁS, Joaquín: *Vocación directa e indirecta*. RDEA, núm. 22, abril-mayo-junio 1960; págs. 111-147.

El concepto «vocación» en nuestro Derecho sucesorio está sin elaborar, ya que la doctrina concentra el fenómeno en la «delación». Delimitado lo directo y lo indirecto en la vocación, distingue el autor, dentro de ésta, la vocación objetivamente indirecta, la vocación con individualización indirecta, la vocación con efectividad indirecta y la vocación indirecta propiamente dicha. Termina el trabajo aludiendo a las atribuciones indirectas patrimoniales y económicas. Supuestos concretos dentro de cada una de las categorías apuntadas.

VALLET DE GORTISOLO, Juan: *Acrecimiento y representación propios e impropios. Usufructo y sustitución fideicomisaria condicional. Interpretación de testamento. Sustitución vulgar «in fideicommissum»*. RIN, año 12, número 45, 1.º trimestre 1960; págs. 165-173.

Consulta en torno a un supuesto con problemas de acrecimiento y representación enlazados con sustitución. Delimitación y examen.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

CUADRADO CÁNOVAS, Juan: *El Registro de la propiedad y la defensa nacional*. RDEA, núm. 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 235-242.

Notas en torno a Ley de 17 de mayo de 1960 sobre inscripción de bienes inmuebles de los extranjeros. Se establece en la Ley la inscripción obligatoria y constitutiva de los bienes inmuebles y concesiones administrativas a los extranjeros en determinadas zonas del territorio nacional. Efectos fiscales y procesales, caducidad de asientos.

## III. DERECHO MERCANTIL

### 1. Parte general.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *El testamento y los documentos complementarios con el Registro mercantil*. RDM, año 80, abril-junio 1961; págs. 487-493.

Comentario a una Resolución de 15 de enero de 1960 en la que se deniega una inscripción en el Registro mercantil por no acompañarse el testamento y el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad. El debate se centra en torno a si vale la copia del testamento (tesis del notario) o ha de ser el testamento mismo (tesis del Registrador). La Resolución confirma la calificación.

LANGLE, Emilio: *El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil*. RDM, núm. 80, abril-junio 1961; págs. 319-377.

Confesando el autor su escepticismo y desengaño ante las fórmulas que conciben el Derecho mercantil como Derecho de los actos de comercio o como Derecho de la empresa, con una orientación finalista ve su substrato en la satisfacción de las necesidades del tráfico, como punto de partida, fin y función de toda norma comercial. Con este enfoque se ausentará la pesadilla de que el Derecho mercantil constituya un amontonamiento de normas incoherentes, sin directriz, sistema, homogeneidad, ni unidad interna. Por encima del contenido flota en el Derecho mercantil un modo de regulación de los negocios, descuello una clase de régimen jurídico que



apunta a un fin y se vale de una serie de normas que se caracterizan y encuentran su razón de ser, su alma (*el alma del Derecho mercantil*) en la función que desempeñan: satisfacción de las necesidades del tráfico.

OLAVARRÍA AYILA, J.: *La unificación legislativa mercantil en la América Latina*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961; págs. 311-331.

Aspectos de la deseada unificación legislativa mercantil en la América Latina. Factores adversos y circunstancias que la favorecen. Proyectos existentes. Propugnada creación de organismos unificados.

SANINI, Gerardo: *Panorama del Derecho mercantil italiano*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961; págs. 173-187.

Reseña informativa del Derecho mercantil italiano, correspondiente al período 1959 y 1960. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia.

VERDE ALDEA, José: *La acción de las empresas para limitar la competencia*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961; págs. 101-129.

El Tratado instaurando la Comunidad económica europea, siguiendo las directrices de los Estados signatarios, establece el principio de libertad económica y trata de asegurar una sana y lícita competencia. La competencia ilícita en el Tratado es analizada por el autor, así como el intervencionismo comunitario frente a las acciones empresariales. Elementos constitutivos de las prácticas prohibidas: subjetivas y objetivas.

## 2. Comerciantes y sociedades.

BASAS FERNÁNDEZ, Manuel: *Contratos de compañías mercantiles castellanas del siglo XVI*. RDM, núm. 78, octubre-diciembre 1960; págs. 375-412.

Seguidas de unos apéndices documentales se ofrecen unas notas sobre configuración de los contratos de sociedad en la Castilla del siglo XVI; donde en el «Arte contractos», de Albornoz, se consideraba la compañía como «ayuntamiento de dos a más hombres con intención de ganar algo de so uno». Aspectos diversos de los contratos sobre la inducción extraída de cinco contratos.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *Tradicón instrumental y aportación social*. RDM, número 78, octubre-diciembre 1960; págs. 457-492.

Comentario a una Resolución de 10 de noviembre de 1959, en la que se deniega la inscripción de una sociedad en la que una compañía francesa

aportaba determinada maquinaria, por entender, entre otras cosas, no bastaba la tradición instrumental del artículo 1.462 C. c. si, al hacerla, no se gozaba aún de la correspondiente licencia de importación. Se estima correcto, en general, el criterio de la Resolución.

DUQUE, Justino F.: *La «pequeña reforma» del Derecho de acciones (sic) en Alemania*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961: págs. 35-98.

Planteada en Alemania la reforma de las sociedades por acciones, en tanto se lleve a cabo la revisión general se ha elaborado, con el nombre de «pequeña reforma», en virtud de la Ley de 22-XII-59, la reforma que afecta a los puntos que requerían revisión en el actual momento económico y social. Los relativos al aumento de capital con medios propios de la sociedad, así como a la computación de pérdidas y ganancias. Estudia el autor la reforma con este sistema: I. Aumento de capital. II. Adquisición por la sociedad de las propias acciones. III. Cuenta de ganancias y pérdidas.

BRUNA DE QUIXANO, José Luis: *El registro especial de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros*. RJC, noviembre-diciembre 1960; páginas 761-765.

Problemática concreta que plantea la Orden de 10 de febrero de 1960, sobre Registro de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros. Se pretenden destacar ciertos errores, e incongruencias de la citada Orden que pueden «apartar» los capitales extranjeros. Valores registrables, valores excluidos, modelo de declaración.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Realidad y valor de las aportaciones no dinerarias en la S. R. L.* RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961: págs. 275-307.

El sistema especial, que adopta nuestra Ley de sociedades de responsabilidad limitada (art. 9), para garantizar la realidad y el valor de las aportaciones no dinerarias es mucho más eficaz que los propuestos por la doctrina extranjera. Significado de la responsabilidad solidaria que se establece en la norma, ejercicio de la acción, relación interna.

LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando: *Significado del conocimiento y aprobación por el socio en los diferentes tipos de sociedad*. RJC, noviembre-diciembre 1960; páginas 709-760.

Examen, con respecto a los distintos tipos de sociedades, de los supuestos en que la sociedad somete al conocimiento y aprobación de los socios determinados asuntos de la sociedad, en las distintas fases de la vida de

ésta. Delimitación con el derecho de información del socio. Referencia a la cuenta en participación.

MENEU, Pascual: *La Convención de La Haya sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961; págs. 343-348.

La convención (de 1951) fué firmada por España en 1957. Está pendiente de ratificación. Aspectos esenciales de la convención: reconocimiento de la personalidad a las sociedades extranjeras, supuestos de no reconocimiento, continuidad de la personalidad, reservas.

PINZÓN, Gabino J.: *Intervención de los menores de edad en una sociedad comercial*. RIN, año 12, núms. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 149-160.

Examen de la regla del Derecho colombiano según la cual la persona hábil para comercio, lo es igualmente para celebrar el contrato de sociedad, si bien los menores, aun habilitados para comerciar, «necesitan serlo especialmente para celebrar una sociedad». Aplicación de la regla a los distintos tipos de sociedades.

### 3. Cosas mercantiles.

AMORÓS RICA, Narciso: *Los documentos de crédito y giro en el impuesto de timbre*. RDN, núm. 79, enero-marzo 1961, págs. 181-207.

Consideración general y tratamiento en especial de los documentos de crédito y giro en los artículos 67 a 81 del Reglamento de Timbre. Reglamentación detallada para que, a juicio del autor, falle bastantes veces.

### 4. Obligaciones y contratos.

DONATI, Antígono: *El concepto del contrato de seguro en la evolución de la doctrina italiana*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961, págs. 259-273.

Se trata de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid en octubre de 1961. El concepto unitario de seguro pretende ser conseguido por la doctrina italiana a través de una reestructuración y revisión de la teoría indemnizatoria. No es, por otra parte, fundamental la consecución de una fórmula unitaria que en nada alterará las concepciones legislativas. Estima el seguro el autor como «aquella relación en la cual el asegurador, contra el pago o contra la obligación del pago de la prima, se compromete a indemnizar al asegurado, dentro de los límites convenidos, por las consecuencias de un evento dañoso e incierto».

Se propugna la utilización de una jurisprudencia de conceptos en tanto no choque con la jurisprudencia de intereses.

GARRIGUES, Joaquín: *Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil*. RDM, núm. 78, octubre-diciembre 1960; págs. 257-297; núm. 79, enero-marzo 1961; págs. 7-75; núm. 80, abril-junio 1961; págs. 265-317.

Estudio general de la compraventa mercantil en su significado, eficacia y contenido (posición de las partes en las obligaciones respectivas). Sigue el análisis de las ventas especiales, entre las que el autor examina: la venta sobre muestras, la venta a ensayo y salvo aprobación, la venta con pacto de reserva de dominio, la venta de una empresa, la venta con cláusula de reventa a precio impuesto, la venta por suministro, y la venta con pacto de exclusiva.

MESSINEO, Francesco: *Caracteres jurídicos comunes, conceptos y clasificación de los contratos bancarios*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961; páginas 7-34.

Las características especiales de los contratos bancarios constituyen una de las causas que justifican la autonomía del Derecho bancario. Contrato de crédito y contrato bancario están en una relación de género a especie. No son contratos reales los contratos bancarios de crédito. Los contratos de custodia, y los de prestación de servicios. Para caracterizar el contrato bancario parecen imponerse criterios teleológicos que superen la elección entre el elemento objetivo (actividad crediticia) y el elemento subjetivo (intervención del Banco). La caracterización del contrato bancario impone su asimilación y su contraste con el contrato de crédito.

PÉREZ ESCOLAR, R: *El contrato de apertura de crédito en el Derecho tributario*. RDM, núm. 80, abril-junio 1961; págs. 381-419.

Precisado el concepto de la apertura de crédito en el ámbito del Derecho sustantivo, se analizan sus aspectos fiscales en cuanto al impuesto del timbre, al impuesto de derechos reales y al impuesto sobre las ventas del capital.

##### 5. Derecho marítimo y aeronáutico.

BONET CORREA, JOSÉ: *Los fletes pactados en moneda extranjera*. RDM, número 79, enero-marzo 1961; págs. 147-179.

Aspectos diversos de la problemática de los fletes pactados en moneda extranjera. Destacan fundamentalmente las cuestiones referentes a la pre-

tendida invalidez del contrato o a la imposibilidad de cumplimiento en orden a haberse pactado en moneda extranjera. Con base legal y jurisprudencial se fundamenta la validez y se indica la forma de cumplimiento del contrato. Referencias al problema de la mora y a los problemas derivados de la conversión.

ECHIVARRÍA RIERA, L.: *Algunas cláusulas interesantes de los documentos de Derecho marítimo*. RDM, núm. 80, abril-junio 1961; págs. 431-438.

Consideración de ciertas cláusulas que suelen aparecer en las pólizas de fletamento, en las de seguro y en los conocimientos de embarque; cláusulas de demanda y trabajo, cláusula de renuncia, cláusula de abordaje, cláusula de negligencia, cláusula de las veinticuatro horas, cláusula de frustración, cláusula de cancelación y cláusula de cesación de responsabilidad. Indicación del significado respectivo de cada una.

MONFORT BELENGUER, J. B.: *El colosal problema de los riesgos en los barcos atómicos*. RDM, núm. 81, julio-septiembre 1961; págs. 153-172.

La propulsión atómica en la navegación marítima entraña tal cúmulo de riesgos insospechados, más que durante la navegación en caso de naufragio o accidente (contaminación radiactiva de las aguas, peces, etc.), que la técnica del seguro marítimo quiebra por completo ante este sistema de propulsión. La conferencia marítima internacional de Rijeka (Yugoslavia) se ha enfrentado con la cuestión; se centró la discusión en torno a estos dos principios: limitación de responsabilidad, responsabilidad objetiva y responsabilidad exclusiva. En cuanto al primero, lógico es comprender que se deja muy atrás el valor del buque.

## 6. Derecho de quiebras.

BASAS FERNÁNDEZ, M.: *La quiebra del Banco Aragón-Aguilar, de Burgos en 1557*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961; págs. 349-379.

Documentalmente se estudia la quiebra del Banco que se indica, como aportación a la historia económica de la Castilla del siglo XVI. El caso sirve para conocer el funcionamiento de los Bancos castellanos y el procedimiento de las quiebras en la época de referencia. Apéndices con documentos.

BROSETA PONT, Manuel: *La presunción muctiana y el Derecho de quiebras*. RDM, núm. 78, octubre-diciembre 1960; págs. 299-352; núm. 79, enero-marzo 1961; págs. 77-144.

Estudio en torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer. Indicado someramente el origen de la llama-

da presunción muciiana y su incorporación al Derecho mercantil de quiebras, el autor estima inexistente esta presunción en el Derecho español. Estudia seguidamente, con un enfoque predominantemente exegético, el alcance, significado y eficacia del artículo 909 del Código de Comercio (núms. 1.º y 2.º) en relación con el 908. En contra de la declaración legal, y sobre la base del artículo 908, se defiende la inclusión en la masa de los bienes dotales estimados que, en legalidad estricta, son propiedad del marido.

**TORRES DE CRUELLS, Joaquín:** *Efectos de los convenios de suspensión de pagos en las acciones cambiarias de regreso.* RJC, noviembre-diciembre 1960; páginas 769-774.

Comentario a una Sentencia del Juzgado número 5 de Barcelona, de 18-6-1960 en torno a la posibilidad o no del regreso cambiario en el caso de convenio remisorio con el librador de la letra, que se acoge al estado de suspensión de pagos. Habiendo aceptado el tenedor de la letra (un Banco) el convenio, y habiendo participado en él, no procede que intente después, o al mismo tiempo acción ejecutiva contra el librado.

#### IV. DERECHO NOTARIAL

**BELTRÁN FUSTER, Luis:** *El notario ante la gramática.* RDN, núm. 32, abril-junio 1961; págs. 343-379.

Aspectos del empleo de la gramática por la práctica notarial. Trascendencia de la gramática para todo jurista. La disposición del artículo 148 del Reglamento Notarial, que impone una determinada forma de redacción de los documentos. Incorrecciones gramaticales que se confiesan y que se disculpan.

**CONFERENCIA de La Haya de Derecho internacional privado. VIII Sesión de 1956. La simplificación de la legalización de documentos oficiales extranjeros.** RIN, año 12, núm. 45, 1.º trimestre 1960; págs. 51-74.

Esquema de un Anteproyecto de Convención acompañado de la exposición de motivos establecidos por la Comisión de Estado holandesa. Sigue una copiosa bibliografía.

**DE LA MARNIERRE, E. S.:** *El secreto profesional.* RIN, año 12, núm. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 217-233.

Aspectos varios del secreto profesional del notario en la legislación francesa: naturaleza, violación, permiso de divulgación de secretos, el problema de las confidencias, límites del secreto.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *Una interesante acta de notoriedad del siglo xv*. RIN, año 12, núms. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 203-215.

Transcripción literal y comentario de un documento, en el que Cristóbal Colón, recurriendo a un escribano de su flota (2.º viaje), quiere dejar clara constancia de ciertos hechos relativos al descubrimiento y reconocimiento de la costa sur de Cuba. El documento en cuestión da motivo al autor para contemplar el significado actual de las actas de notoriedad y para referirse a la función notarial en los buques y aeronaves.

FLOREZ DE QUIÑONES, Vicente: *Rodrigo de Bastidas (el escribano fundador de ciudades)*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 81-108.

Evocación, a través de la figura del escribano Rodrigo de Bastidas, de la significación o importancia de la labor de los notarios en la tarea colonizadora y descubridora.

FRIEDIEFF, M.: *El notariado soviético*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; páginas 109-112.

Organización del notariado en la URSS, tomando por base el libro al respecto de YOUNELSON (Moscú, 1959). Clases de notarios, condiciones, aspectos concretos de la función.

GALGANI, Sergio: *Notary or public notary*. RIN, año 12, núm. 45, 1.º trimestre 1960; págs. 115-118.

La figura del «public notary» de la legislación anglosajona en contraste con el notariado latino.

GIULIANI, Andrea: *Las funciones notariales de adecuación en las actas de asambleas o juntas generales de sociedades*. RIN, año 12, núm. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 235-257.

Posición del notario italiano en las asambleas o juntas generales de sociedades. El autor comparte la tesis de que en esos casos actúe, más que como tal, como un nuevo secretario cualificado, como entiende LANZA. Se defiende la naturaleza notarial de su actuación en ese caso y el carácter de documento público del acta que se autoriza.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito: *Programa para un curso universitario de Derecho notarial*. RIN, año 12, núm. 46-47, 2.º y 3.º trimestre 1960; págs. 191-202.

Programa del autor en la Universidad de la Plata. Se divide en cuatro.

partes : 1, Parte general. 2, Función notarial. 3, Instrumentos públicos. 4, Derecho Fiscal. El programa de desarrollo en 32 lecciones o «bolillas».

GONZÁLEZ, Carlos Emérito: *La función notarial y su importancia social*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 113-115.

El instrumento público como base de la seguridad jurídica. El notario ante la ética. Especialización y títulos. Escasa significación en la seguridad jurídica de los testigos y de los documentos privados.

GUASTI, Alejandro: *La U. I. N. L. el M. E. C. y el Consejo de Europa*. RIN, año 12, núm. 45, 1.º trimestre 1960; págs. 119-150.

Se trata de dos Relaciones del autor. Una sobre la «Unión Internacional del Notariado y el Movimiento de Unificación Europea», leída en Orvieto en octubre de 1959 en la X Jornada Internacional del Notariado Latino. Otra es una nota dada a las revistas notariales italianas en 1960 y relativa a «La Unión del Notariado Latino reconocida por el Consejo de Europa».

GUASTI, Alejandro: *La profesión notarial en el movimiento de unificación internacional*. RIN, año 12, núm. 48, 4.º trimestre 1960; págs. 117-133.

La puesta en vigencia del Tratado de Roma instaurando el M. E. C. da lugar a interesantes aspectos en el ámbito de la función notarial. Consideración de ciertos extremos relativos a la circulación de mercancías, personalidad jurídica, sociedades, fundaciones, competencia notarial.

## V. DERECHO PROCESAL

### 2. Parte general.

DOCAVO NÚÑEZ, Manuel: *Recursos o procesos de impugnación*. RDEA, número 23, julio-agosto-septiembre 1960; págs. 267-285.

Después de hacer una somera indicación de los recursos y procesos de impugnación, en nuestro ordenamiento jurídico, se ofrecen los aspectos y significado esenciales del recurso de aclaración, de apelación y de casación.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Documento auténtico en la casación civil*. RDN, número 33-34, julio-diciembre 1961; págs. 7-246.

Como «justicia» hacia el Tribunal Supremo, estudia el autor una materia que, en la jurisprudencia, resplandece ante todo por su unidad: el



error de hecho y el documento auténtico en la casación. La amplitud del estudio no permite aquí sino la indicación de sus enunciados básicos. Precedentes histórico-doctrinales del número 7 del artículo 1.692 LEC, error de hecho simple o genérico, el llamado error de hecho (hecho probado frente a hecho auténtico), análisis de la autenticidad, requisitos del error de hecho: elementos reales, contenido y elementos formales.

### 3. Procesos especiales.

AGUIRRE GODOY, Mario: *Cuestiones procesales en la Ley de la propiedad horizontalmente dividida*. RDEA, núm. 23, julio-agosto-septiembre 1960; páginas 287-299.

Aspectos procesales de la ley guatemalteca de propiedad horizontal. Disposiciones generales, derechos y obligaciones de los propietarios, administración del seguro, extinción y procedimientos.

FUENTES CARSI, Narciso: *Modos anormales de terminación del proceso de nulidad de patentes y marcas*. RDM, núm. 82, octubre-diciembre 1961; páginas 381-395.

Al igual que en el juicio declarativo ordinario, el proceso de nulidad de registro puede terminar sin llegar a sentencia o sin que ésta se dicte contradictoriamente por medio de desistimiento de los actos del proceso, de la renuncia de la pretensión, de la caducidad del procedimiento, de la transacción o del allanamiento del demandado.

MIN DE CARDONA, Enrique: *El juicio verbal civil*. RDEA, núm. 21, enero-febrero-marzo 1960; págs. 37-39.

Problemática de la reglamentación de este proceso especial, indicando los inconvenientes que el autor cree haber encontrado en su experiencia de juez.

FERRA VERDAQUER, Francisco: *Doctrina jurisprudencial sobre la nueva Ley de lo contencioso administrativo*. RJC, noviembre-diciembre 1960; páginas 775-786.

Resumen de ciertos aspectos de la doctrina jurisprudencial en torno a la nueva ley de lo contencioso de 1956. Carácter revisor de esta jurisdicción, recurso previo de reposición, legitimación activa, impugnación de disposiciones de carácter general, actos discrecionales, recurso por desviación de poder.

## CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.

- RCDI = Revista Cubana de Derecho (italiana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCHS = 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 Obbligazioni (Milán).  
 RDIC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLR = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLF = 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 (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).  
 RLID = 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 Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 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 = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).  
 RTDP = 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 Juristtidsning (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 LEYVA Y ANDIA  
*Registrador de la Propiedad*

## DERECHO CIVIL

1. LAS FACULTADES CONFERIDAS EN UN PODER, PARA TOMAR DINERO A PRESTAMO DEL SERVICIO NACIONAL DEL CREDITO AGRICOLA O DE OTROS ORGANISMOS ANALOGOS, NO AUTORIZAN AL APODERADO PARA CONCERTAR UN PRESTAMO HIPOTECARIO CON PERSONA FISICA. — LA CALIFICACION DE UNA ESCRITURA REALIZADA ANTERIORMENTE, NO VINCULA AL REGISTRADOR, QUE GOZA DE AMPLIAS ATRIBUCIONES EN EL EJERCICIO DE SU FUNCION, SIN QUE TENGA QUE SUBORDINARSE A CRITERIOS SEGUIDOS POR EL MISMO O POR SUS PREDECESORES EN EL CARGO

a) De la circunstancia de que con anterioridad no se opusiere defecto alguno en la calificación de otra escritura de préstamo en base del mismo poder, no ha de concluirse que el mismo funcionario haya de quedar vinculado a la calificación realizada, por ser totalmente independientes una de otra, aparte de que, como ha declarado reiteradamente este Centro, la libertad e independencia con que la Ley Hipotecaria atribuye la calificación a los Registradores, obliga a reconocerles amplias atribuciones en el ejercicio de su función, sin que tengan que subordinarse a criterios anteriormente seguidos por él mismo o por sus predecesores en el cargo.

b) Las facultades del apoderado deben examinarse con sujeción a las estrictamente concedidas por el poderdante, y por eso han de ser interpretadas rectamente con arreglo a los criterios legales y de sana crítica a fin de eludir el peligro que supondría fundarlas en presunciones más o menos vagas e indeterminadas, mediante interpretaciones extensivas que traspasen los límites del apoderamiento con los consiguientes perjuicios para los interesados.

c) Al enjuiciar con tal criterio las facultades del apoderado, si bien con arreglo al artículo 1.284 del Código civil podría ser natural y lógico estimar incluida a la persona física como sujeto normal de los derechos y relaciones jurídicas, puesto que el mandante confirió su representación para "tomar a préstamo con garantía hipotecaria", es lo cierto que el artículo 1.281 del Código civil en relación con el 1.713, no permite comprender la persona física entre aquellos Organismos que literalmente se enumeran en el apoderamiento. (Res. de 5 de diciembre de 1961. "B. O." de 27 de diciembre.)

2. LA RESERVA LINEAL COMPRENDE, NO SOLO LOS BIENES ESPECIFICOS ADQUIRIDOS POR EL HIJO A TITULO LUCRATIVO DE SU MADRE, SINO TAMBIEN AQUELLOS OTROS QUE HUBIERAN INGRESADO EN SU PATRIMONIO EN SUSTITUCION DE LOS PRIMITIVOS ADQUIRIDOS.—ALCANCE DE LA RENUNCIA DE DICHOS BIENES HECHA EN TESTAMENTO POR EL RESERVISTA A FAVOR DE LOS RESERVATARIOS

a) Aun cuando un amplio sector de la doctrina, fundándose en los precedentes históricos y de elaboración legislativa se muestra contrario a extender el carácter de reservable a los bienes subrogados, tendencia que podría encontrar su fundamento en el hecho de que toda reserva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe ser interpretada restrictivamente, es lo cierto que la generalidad de los autores reconoce como finalidad del artículo 811, conservar los bienes de una familia, y por ello en definitiva ha de recaer la reserva no en unos bienes determinados, sino sobre el capital de la herencia, es decir, se admite la subrogación, criterio que comparte el Tribunal Supremo al declarar, entre otras en la Sentencia de 24 de mayo de 1945, que el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en las familias unos bienes concretos y que la reserva lineal comprende tanto las cosas específicas heredadas como aquellas que les hubiesen sustituido.

b) De las dos fincas discutidas, una de ellas, la denominada "La Colada", aparece adquirida por el hijo a título de compra, según la escritura de 22 de diciembre de 1921, que en ninguna de sus cláusulas alude al posible origen del precio, que no se justifica tampoco con pruebas o documentos concretos, mientras que en la situada en "Los Alamos", comprada por escritura de 9 de octubre de 1946, compareció el padre en nombre de sus hijos menores de edad y declaró en la cláusula 5.<sup>a</sup> que el precio de la adquisición procedía de la herencia de la madre.

c) El artículo 1.232 del Código civil, al disponer que la confesión hace prueba contra su autor, no permite que se tenga en cuenta cuando por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y tal confesión, con arreglo al artículo 1.239, ha de estimarse como un simple hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, todo lo que, si en principio impediría determinar el carácter reservable o no del inmueble con arreglo al artículo 811 del Código civil, carece de trascendencia en el supuesto debatido, toda vez que, conforme al artículo 969 del mismo cuerpo legal, es indudable la obligación de reservar en favor de los hijos del primer matrimonio, impuesta al viudo que pase a segundas nupcias, los bienes que hubiese adquirido de otro hijo fallecido, lo que podría ocasionar una confluencia de ambas reservas, que no origina colisión alguna por ser los reservatarios las mismas personas en una y otra. Ello, además, excusa entrar a examinar cuál de las dos reservas sea la preferente, por lo que en definitiva corresponde a los dos hijos del primer matrimonio un derecho indudable sobre las fincas de referencia.

d) Considerando que lo expuesto haría superfluo analizar la segunda

parte de la nota calificadora, pero como el causante, en su testamento, renunció a dichos bienes en favor de aquellos dos hijos, que precisamente son los mismos reservatarios, y justificó la renuncia por el carácter reservable de los bienes, siguiendo la misma línea de conducta proclamada ya en la confesión hecha en 1926, habría que configurar tal cesión de derechos como un legado válido, siempre que no perjudicase la legítima de los otros interesados y ello robustecería la adjudicación hecha de ambos inmuebles. (Res. de 9 de enero de 1962. "B. O." del 30.)

**3. DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA.—UN HEREDERO INSTITUIDO EN UN HEREDAMIENTO PREVENTIVO CON SUSTITUCION FIDEICOMISARIA, PUEDE TRANSMITIR, A DOS DE LOS LEGITIMARIOS, BIENES EN PAGO DE SU DERECHO, SIN LA INTERVENCION DE LOS DEMAS INTERESADOS EN LA SUCESION.—LA RENUNCIA HECHA POR LOS LEGITIMARIOS A SUS RESPECTIVOS DERECHOS, ANTERIOR AL JUEGO DE LA CONDICION, SIN HABER CONCURRIDO LOS NIETOS DEL CAUSANTE, NO PURIFICA EL FIDEICOMISO**

a) Los precedentes romanos, en especial el fragmento 114, párrafo 14, libro XXX del Digesto, que permitía al fiduciario vender los bienes relictos para pagar a los acreedores, y la Novela 41, que autoriza al heredero gravado con el fideicomiso a exceptuar de restitución las porciones legitimarias recogidas en la Auténtica Res quae, indujeron a los autores catalanes a estimar que el fiduciario podría enajenar libremente los bienes, no sólo cuando hubiere de constituir dote o excreis a cualquier descendiente en línea recta del causante, sino también siempre que hubiere necesidad de enajenar para pagar deudas del testador o gastos hereditarios, comprendidos los de enfermedad, entierro y funeral del "de cuius" y los de partición de herencia, legado y legítima.

Esta doctrina, destacada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la Resolución del Centro directivo de 15 de abril de 1930, entre otras, está también contenida en la Compilación del Derecho especial de Cataluña, que aun cuando propiamente no es aplicable al caso discutido, por ser anterior a su vigencia, en cuanto refleja la situación legal existente, coincide en declarar en el artículo 187 la falta de poder del fiduciario para realizar válidamente actos dispositivos o de gravamen, a no ser para hacer suyo lo que por legítima le corresponda, o para satisfacer la de los demás legitimarios y en otros supuestos que aquí no interesan.

Al poder eficazmente disponer el heredero de los bienes necesarios para satisfacer la legítima de los hijos, sobre la que, conforme a la Ley 32, título XXVIII, "De inofficioso testamento", del Código, no cabe establecer limitación alguna, como quiera que la Constitución 2.<sup>a</sup>, título V, libro VI, volumen I—recogida en el artículo 137 de la Compilación—, le faculta para pagar las legítimas a su elección "con dinero, estimado el valor de los bienes del difunto o con propiedad inmueble", es indudable que puede adjudicar a cada uno de los legitimarios bienes inmuebles suficientes para

ello, sin perjuicio de que en la inscripción de tales adjudicaciones, cuando proceda, se haga constar la mención legitimaria establecida en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

b) El heredamiento analizado contiene una sustitución fideicomisaria, cuya finalidad es conservar el patrimonio dentro de una familia, de las tradicionales en Cataluña, y aunque en las condicionales el fideicomisario puede renunciar a su derecho, como al cumplirse la condición y diferirse el fideicomiso la renuncia puede quedar sin efecto, se ha de concluir que el abandono de sus derechos formulado por doña D. y don M. V. G. carece de virtualidad para autorizar al heredero llamado en primer lugar para disponer libremente de bienes que se hallan sujetos a la condición establecida y que no pueden ser inscritos a su favor sin asegurar el derecho de los restantes interesados.

Al no haber intervenido en la escritura los nietos e hijos de la difunta doña C., es necesario determinar si por los términos en que aparece redactada la cláusula de sustitución fueron o no llamados a la herencia del causante por orden de sexo y primogenitura, no sólo los cinco hijos habidos en su matrimonio, sino también sus nietos, en el caso de que premurieran sus respectivos padres al testador o a los herederos primeramente instituidos, porque en este último supuesto sería necesario el consentimiento de todos los interesados en el fideicomiso.

Las conjeturas que sirven a los autores catalanes para decidir la extensión de los llamamientos de los hijos puestos en condición, se centran en el sentido gramatical y en la apreciación racional y lógica de la voluntad del difunto, de modo que cuando el fiduciario y los fideicomisarios hijos del causante no estuviesen designados por sus nombres u otra circunstancia que los individualice, se entenderán los nietos llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso de sus padres, conforme se pone de relieve por la lectura de la cláusula del heredamiento en el caso ahora debatido (Res. de 8 de febrero de 1962. "B. O." de 27 de febrero).

**4. LA OMISION POR EL COMISARIO DE LA CITACION DISPUESTA POR EL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL HABIENDO ALGUN ACREEDOR O COHEREDERO MENOR DE EDAD, INTERVIENIENDO TODOS LOS HEREDEROS EN LAS OPERACIONES TESTAMENTARIAS, NO CONSTITUYE UN DEFECTO QUE IMPIDA LA INSCRIPCION.—LA ADJUDICACION A UN HEREDERO, EN ESAS MISMAS OPERACIONES, DEL UNICO INMUEBLE INVENTARIADO CON LA OBLIGACION DE PAGAR A LOS DEMAS SU PARTE EN METALICO, NO IMPLICA UN ACTO DE ENAJENACION CUYA NATURALEZA EXCEDA DE LOS LIMITES PURAMENTE PARTICIONALES Y, EN CONSECUENCIA, NO NECESITA LA AUTORIZACION JUDICIAL**

a) Entre las operaciones particionales hay que distinguir las formalizadas por el Comisario con arreglo al artículo 1.057 del Código civil,



de naturaleza unilateral, y las que se realizan conforme a los artículos 1.058 y 1.060 por todos los herederos que tienen naturaleza contractual, puesto que en las primeras las facultades conferidas al Comisario por voluntad del testador, le autorizan como Juez imparcial para realizar todas las operaciones que tiendan a la liquidación de la herencia, división y adjudicación de los bienes, y, por tanto, la partición que realice con sujeción a las prescripciones legales producirá todos sus efectos, y a ella se deberán acomodar los herederos, en tanto no perjudique los derechos legítimos.

Cuando en tales particiones intervengan, además, los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten, introducen, como declaró la Resolución de este Centro de 16 de julio de 1943, la confusión en cuaderno particional y dan lugar a una mezcla de operaciones divisorias de tipo contractual, con las declaraciones distributivas del representante del testador, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional.

En la escritura calificada se advierte que el Contador-Partidor nombrado no realiza por sí mismo ninguna operación testamentaria, sino que son los mismos herederos, en unión del Contador-Partidor, quienes formalizan el inventario, avalúo, liquidación y adjudicaciones correspondientes, y por ello no puede reputarse el acto comprendido en el artículo 1.057 del Código civil, sino debe estimarse como uno de los previstos en el artículo 1.058, sujeto, por tanto, a los principios generales del régimen contractual, según los cuales, conforme al artículo 1.060, podrá el heredero menor de edad comparecer, debidamente representado por su madre, sin que por ello sea necesaria la aprobación judicial.

b) La adjudicación formalizada en la escritura, de conformidad con el artículo 1.062 del Código civil, no sólo parece la más oportuna, sino que incluso es necesaria, puesto que sólo existe en la herencia una finca inventariada, que no permite la división, ni aun siquiera con arreglo a la nueva redacción dada al artículo 401 por la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, circunstancias que no deben obligar a mantener una comunidad contraria al espíritu del Código y a la naturaleza del acto particional.

Tal adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa peculiar de toda partición, y con posibilidad de ser rescindido y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro reiteradamente ha declarado que la partición, en el supuesto especial del artículo 1.062, no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del artículo 164 del Código civil (Res. de 6 de abril de 1962. "B. O." del 27 de abril).

**DERECHO MERCANTIL**

EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, LA APROBACION FORMAL DEL ACTA DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS, NO CONSTITUYE UN REQUISITO APARTE Y ESENCIAL. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE FIRMA DEL ACTA POR ALGUNO DE LOS ASISTENTES.—ACORDADO EL AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL, SI ALGUN SOCIO PASIVAMENTE DISIDENTE NO ASUME LA PARTE DEL AUMENTO PROPORCIONAL A SU PARTICIPACION SOCIAL, PUEDE LA SOCIEDAD DISTRIBUIR ENTRE LOS RESTANTES SOCIOS LA PARTE MENCIONADA.—EL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES NO IMPIDE QUE PUEDAN PERTENECER EN PRO INDIVISO A DOS O MAS PERSONAS

a) La práctica constante y reiterada de las Sociedades Mercantiles de someter el acta de la Junta celebrada a la aprobación de la inmediatamente siguiente, al objeto de garantizar cualquier posible duda sobre la exactitud de la redacción, fué recogida y corregida por la Ley de Anónimas, que en su artículo 62 facilitó los medios de lograr la aprobación ulterior del acta y reconoció fuerza ejecutiva a los acuerdos, en este caso sólo a partir de la fecha de su aprobación. En cambio, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada no aparece precepto semejante, sin duda porque en tales Compañías no se requiere la existencia de Junta e incluso, como señala el artículo 14, pueden adoptarse los acuerdos por correspondencia postal o telegráfica, y son sólo los Estatutos—reflejo de la voluntad social— quienes pueden imponer la limitación, lo que aquí no sucede, según se desprende de la lectura del artículo 22 de aquéllas, por lo que al no constituir la aprobación formal del acta un requisito aparte y esencial, el incumplimiento de esta práctica no puede invalidar aquélla ni mucho menos privar de eficacia los acuerdos adoptados.

b) Según se deduce del acta levantada por el Secretario, en la que certifica de los acuerdos habidos en la Junta, el de aumentar el capital social en 495.000 pesetas, se adoptó con superación del quórum de votación, que establece el artículo 14 de la Ley y también el 14 de los Estatutos, por lo que tal acuerdo era firme, aun con la posible discrepancia y aun formal disidencia de alguno de los socios. Además, del contenido de la misma acta se deduce que tales socios estaban conformes en principio, con el aumento de capital pretendido, y uno de ellos—los señores R.—comparecieron al otorgamiento de la escritura, tras justificar haber depositado el importe de capital que les correspondía suscribir, con lo que resultaría subsanado por su parte el supuesto defecto de falta de la firma del acta exigido en el artículo 22 de los Estatutos, mientras que el socio restante, señor A.—que condiciona su desembolso—, mal podría hacerlo, dado que al haberse ausentado de la sesión no era en rigor, asistente a la Junta.

c) Todo acuerdo voluntario de aumento de capital implica una nue-

va aportación a la Sociedad con un plazo para llevarla a cabo, transcurrido el cual ha de entenderse que aquel socio que con su conducta pasiva no cumple lo acordado no le interesa asumir la parte del aumento proporcional a su participación social a que tiene derecho, conforme al artículo 18 de la Ley, salvo disposición en contra de la escritura social, lo que no sucede en este caso, según el artículo 14 de los Estatutos. En su consecuencia, la Compañía queda libre de ofrecer el capital no asumido, no ya a los restantes socios, sino incluso a personas extrañas —artículo 18—, por todo lo cual hay que estimar correcta la actuación de la “Sociedad H. L. P.”, que, una vez adoptado el acuerdo de aumento, señaladas las condiciones y forma en que ha de tener lugar, las notifica al socio pasivamente disidente, incluso dándole un nuevo plazo y ante la postura de abstención adoptada por éste, y su no comparecencia a otorgar la correspondiente escritura, distribuye su parte en el aumento entre los restantes socios.

d) Cuando el artículo primero de la Ley establece la indivisibilidad de las participaciones sociales, impide su fraccionamiento entre distintas personas y su división material, conforme al artículo 400 del Código civil, con la aplicación del artículo 404 para el caso de que uno de los copropietarios no quiera permanecer en la indivisión; pero no prohíbe que la participación social pueda pertenecer en pro indiviso a dos o más personas, pues ello sería tanto como ir contra la naturaleza misma de las cosas y afirmar que todo bien indivisible no es susceptible de ser objeto de copropiedad, aparte de que la misma Ley previene esta situación en el artículo 23, recogido en el 15 de los Estatutos, al establecer que si una participación pertenece a varias personas, éstas habrán de designar la que haya de ejercitar los derechos inherentes a la misma, que es precisamente lo que se ha hecho en la escritura calificada (Res. de 16 de noviembre de 1961. “B. O.” del 16 de diciembre).

### DERECHO HIPOTECARIO

1. CUANDO LA CERTIFICACION EXPEDIDA A TENOR DE LA REGLA CUARTA DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA EXPRESA COMO UNICO TITULAR DE DERECHOS REALES O ANOTACIONES ANTERIORES AL ACTOR, EL JUEZ DEBE ORDENAR QUE, UNA VEZ SATISFECHOS LA OBLIGACION PRINCIPAL, LOS INTERESES, COSTAS Y GASTOS, SE DEPOSITE EL EXCESO DEL PRECIO DEL REMATE A DISPOSICION DE LOS ACREEDORES POSTERIORES, CONFORME A LA REGLA DECIMOSEPTIMA DEL EXPRESADO ARTICULO, Y NO CONSIGNARSE DICHO SOBROBANTE A FAVOR DEL PROPIETARIO DEL INMUEBLE COMO LA NOTA DEL REGISTRADOR PRETENDE.—RESTRICCIONES A LA CALIFICACION DE DOCUMENTOS JUDICIALES

a) Del examen de las reglas cuarta y quinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se deduce con claridad que el legislador pretende dar

a conocer a los titulares del inmueble y de los derechos reales posteriores a la hipoteca de cuyo ejercicio se trata la existencia del procedimiento, facultándoles para poder subrogarse en el lugar del actor mediante el pago de las cantidades reclamadas y que, mediante nota marginal, se hará constar haber expedido la certificación prevenida en dicha regla cuarta, lo cual, según la doctrina de este Centro directivo, no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca que sea base del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento hipotecario.

b) El Juez, al disponer la consignación del sobrante del precio del remate de un establecimiento idóneo a favor de los acreedores posteriores, una vez satisfechos los pagos legítimos, cumplió lo dispuesto en la regla decimoséptima del citado artículo 131 de la Ley sustantiva, porque tal medida no desconoce el derecho del propietario al resto del precio del remate una vez acreditada la inexistencia de dichos acreedores.

c) Los Registradores de la Propiedad calificarán los documentos judiciales atendidos la naturaleza del procedimiento, la competencia del órgano jurisdiccional y la congruencia del mandato; pero no podrán revisar el fundamento de tales resoluciones, porque ello supondría invadir la esfera privativa de atribuciones de otros funcionarios (Res. de 27 de noviembre de 1961. "B. O." de 3 de enero de 1962).

## 2. ES ANOTABLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LA HACIENDA PUBLICA UN EMBARGO ACORDADO POR DEBITOS PROCEDENTES DEL IMPUESTO SOBRE EL GASTO, EN INMUEBLE DEL QUE ES TITULAR LA SOCIEDAD DEUDORA QUE APARECE EN SUSPENSIÓN DE PAGOS SEGUN LOS LIBROS REGISTRALES

a) Del contexto del artículo 6 de la Ley de julio de 1922 resulta que hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores, el suspenso conserva la administración de sus bienes con las limitaciones que en su caso establezca el Juzgado, sin poder pagar a los acreedores a no ser con el consentimiento de los Interventores, todo ello sin perjuicio del derecho de los acreedores privilegiados para el cobro de créditos, quienes, conforme al artículo 15, podrán abstenerse de concurrir a la Junta, porque no les obliga el convenio que en ella se adopte.

b) La Hacienda Pública, para el cobro de sus créditos, goza de una doble preferencia: una la que se deriva de la llamada hipoteca legal tácita, regulada en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, en virtud de la cual el Estado, la Provincia o los Pueblos tienen preferencia sobre cualquier acreedor o tercer adquirente, aunque haya inscrito su derecho en el Registro para cobrar los créditos que procedan de contribuciones e impuestos que recaen directa e individualmente sobre el inmueble, y otra

que surge cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos en que la prelación no afectará a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se inscriba en el Registro la hipoteca especial expresa o, en su caso, la anotación de embargo correspondiente, porque no es eficaz frente a los titulares de los derechos reales inscritos anteriormente.

c) Los acreedores que gozan de la facultad de poder abstenerse conforme a la Ley de Suspensión de Pagos, son los enumerados en el artículo 15, que remite al artículo 913 del Código de Comercio, números 1, 2 y 3, que a su vez nos traslada a los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código civil, de cuyos textos se deduce con claridad que el supuesto del expediente no se halla comprendido en ellos por tratarse de un crédito que no recae directamente sobre el bien inmueble que pretende gravar e incluso corresponde a anualidades anteriores a las que gozan de hipoteca tácita.

d) El defecto primordial de la situación de suspensión de pagos consiste en paralizar el ejercicio de las acciones individuales de los acreedores para el cobro de sus créditos, si bien, con arreglo al artículo 9 de la Ley, los juicios ordinarios y ejecutivos que se hallaren en curso al declarar la suspensión de pagos seguirán su tramitación hasta la sentencia, y como quiera que, a estos efectos, los procedimientos administrativos de ejecución se equiparan a los judiciales, dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho (Res. de 15 de febrero de 1962. "B. O." del 6 de marzo).

### 3. NO ES ANOTABLE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO DEL DERECHO HEREDITARIO SOBRE UNA FINCA QUE FUE PRESENTADO EN EL REGISTRO HALLANDOSE EN VIGOR EL ASIENTO DE PRESENTACION DE LA ESCRITURA POR LA QUE EL HEREDERO ENAJENABA A UN TERCERO EL MISMO INMUEBLE, Y CUYOS DEFECTOS, POR HABER SIDO SUBSANADOS DENTRO DEL PLAZO, PERMITIERON LA INSCRIPCION DE DICHA ESCRITURA DE VENTA

a) El principio de prioridad, sancionado en los apartados 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, confiere preferencia al título primeramente ingresado en el Registro sobre los posteriores, y aunque no aparezca plenamente desenvuelto exige, lógicamente, como declaró la Resolución de este Centro de 7 de febrero de 1959, puesta de relieve con acierto por el Auto presidencial, que los documentos se despachen por el orden cronológico de su presentación en el Diario, aunque los Registradores, al calificar, deben tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor.

b) El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, al regular el principio del tracto sucesivo, impide inscribir o anotar los títulos que se opongan o

sean incompatibles con los del titular registral, y como la escritura de venta del inmueble se inscribió por haber sido subsanado durante la vigencia del asiento de presentación, el obstáculo que implicaba no hallarse inscrita la partición, hay que estimar conforme al artículo 24 de la misma Ley como fecha de la inscripción la de 15 de julio de 1960, en que el título tuvo acceso al Registro, y, por tanto, no puede cumplimentarse el mandamiento presentado ocho días después, en el que se acuerda la anotación de embargo del derecho hereditario (Res. de 2 de marzo de 1962. "R. O." del 27 de marzo).

# JURISPRUDENCIA

## 1. SENTENCIAS COMENTADAS

### El contenido y la validez de las cláusulas «moneda oro o plata»

(Comentario a la Sentencia de 2 de diciembre de 1961)

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho contemplado.—2. La postura actual adoptada por el Tribunal Supremo.—3. La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de «estilo».—4. La forma y el contenido de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata».—5. La validez de las cláusulas de estabilización «moneda oro o plata» ante el curso forzoso del papel moneda.—6. El préstamo hipotecario con cláusula de estabilización.

#### 1. *El supuesto de hecho contemplado.*

En garantía de un préstamo de veintiséis mil pesetas, se grava con una hipoteca, el día 4 de noviembre de 1926, por el plazo de ocho años. En dicha hipoteca se subroga L. M. S. que constituye otra hipoteca a su favor por un préstamo de cuarenta mil pesetas, por un plazo de cinco años, según escritura pública de 30 de enero de 1930. Con posterioridad, el 9 de diciembre de 1935, se confirman dichos préstamos en documento privado.

Caídos en mora, los deudores pretenden liquidar las dos hipotecas el 19 de julio de 1955, para lo que consignan las cantidades debidas por negarse el acreedor L. M. S. a recibir el principal de las mismas ofrecido; este último alega ser mayor la cantidad debida en base a la escritura de constitución de hipoteca de 1926, donde se pactaba por las partes: «obligándose a devolverla dicha suma... en buenas monedas corrientes de oro o plata, o bien en billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno para la misma». Que, igualmente, por escritura de hipoteca del año 1931 se pactó: «El pago del capital e interés se hará... en moneda de oro o plata corriente, con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituya aun que fuese declarado de curso forzoso». Asimismo, por un documento privado de 9 de diciembre de 1935, se pactó una cláusula en donde se acordaba: «el pago de los capitales en los créditos a favor de L. M. S.... se habrá de efectuar en moneda de oro o plata.»

Hasta aquí tenemos la relación de hechos fundamentales objeto del debate de la presente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1961. Veamos la doctrina que se sienta.

#### 2. *La postura actual adoptada por el Tribunal Supremo.*

La Sentencia dictada se destaca rotundamente de la línea anterior seguida por el Tribunal Supremo acerca de las llamadas «cláusulas moneda oro o plata».

La presente Sentencia establece los siguientes considerandos: «Que el problema medular, tanto del juicio como del presente recurso de ca-

sación, queda circunscrito a determinar si la fórmula adoptada en los diversos documentos otorgados entre los interesados para regular el pago de los créditos garantizados con hipoteca y sus intereses, constituyen una verdadera cláusula de compensación o estabilización, una cláusula valor en suma, o si, por el contrario, deben reputarse simplemente como cláusulas de estilo; y teniendo en cuenta que la circunstancia que caracteriza la «cláusula valor» como la viene elaborando la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, consiste en que el pacto se contraiga no sólo a que el pago había de hacerse en una moneda o en una especie determinada, sino que es imprescindible que los interesados remarquen su intención de que no hacerse en tal forma el pago por imposibilidad u otra causa, se hará en su equivalencia en relación a la moneda de curso legal o la especie existente en el mercado al momento del pago; y a tal definición y concreción habría de estarse al resolver el problema planteado.»

«CONSIDERANDO: que sentada la anterior doctrina, del estudio de la escritura de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis se desprende que las partes pactaron que el pago se haría «en plata, oro o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto» lo que excluye toda idea de «cláusula valor oro o plata» en cuanto se intentó el pago en billetes, sin descuento ni quebranto alguno, conforme a lo pactado, que en ningún momento expresó que el pago se haría en oro o plata o su equivalencia en billetes del Banco; y en la de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta la fórmula empleada fué que el pago se haría en oro o plata «con exclusión de cualquier clase de papel que lo sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso», pacto que aparte de ser nulo por contrario a la ley en cuanto obliga al pago en plata u oro físicos, en contra de la prohibición de su tenencia y circulación, vulnerando también las disposiciones sobre el curso forzoso y el poder liberatorio de la moneda papel, tampoco contiene el elemento esencial de obligar al abono de la equivalencia del valor oro; viniendo corroborado todo ello con el contenido del documento privado de nueve de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, novatorio de los pactos anteriores y en que los interesados se limitan a consignar que el pago se haría «en oro o plata» sin adoptar otra compensación o suplemento; y en su consecuencia el deudor cumplió su obligación al hacer el pago en papel moneda de curso legal, conforme le autoriza el artículo mil ciento setenta del Código civil... por lo que decae el primer motivo del recurso», «anáxime —añade— si se tiene en cuenta el carácter eminentemente formal de la hipoteca que exigiría la constancia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad, que no ha tenido lugar.»

«CONSIDERANDO: que... al no ser cláusula valor ninguna de las consignadas, se ha interpretado rectamente lo pactado; sobre todo, si además se tienen en cuenta los actos del arrendador que cobró en moneda papel los intereses de la cantidad prestada con posterioridad al contrato de mil novecientos treinta y cinco; y sin que obste para ello el hecho de que se haya revalorizado la finca hipotecada puesto que ello no afecta al préstamo y lo único que implica es un aumento de la garantía en beneficio del acreedor.» Y que «tanto el ofrecimiento de pago como la consignación se hizo en papel moneda de curso legal y sin contravenir con ello lo pactado».



3. *La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de estilo.*

Es indudable que el problema medular, según se afirma en la Sentencia comentada, queda circunscrito a determinar si la fórmula adoptada en los diversos documentos otorgados por las partes, con objeto de regular el pago de los créditos garantizados con hipoteca, constituye una verdadera cláusula de estabilización, una cláusula valor o, por el contrario, debe reputarse mera cláusula de estilo. Efectivamente, ésta es la cuestión principal planteada y de la que se deben deducir las consecuencias oportunas. Por tanto, aparece una primera puntualización a realizar: lo que son «cláusulas de estabilización» y lo que se entiende por «cláusulas de estilo».

Las «cláusulas de estabilización», según la doctrina comúnmente aceptada (1), son aquellos pactos que se añaden a los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida para regular el valor o precio del contrato con referencia a un producto o mercancía (oro, plata, trigo, aceite, algodón, hierro, etc.), que fluctúa con el nivel creciente o decreciente del poder adquisitivo de la moneda y permite calcular y hacer la conversión de la cantidad de dinero de curso forzoso que se ha de entregar en el momento del pago, con objeto de que represente el valor real o equivalente de las prestaciones según las circunstancias iniciales del contrato. La cantidad de pesetas a entregar dependerá, en definitiva, de la equivalencia de valores entre el dinero nominal y el del producto o índice elegido. De este modo, las partes se previenen contra una posible depreciación del dinero o de una revalorización del mismo (inflación o deflación) mediante la entrega de la diferencia calculada entre dichos valores (nominal y real) al momento del pago. En definitiva, se trata de obtener una mayor o menor cantidad de dinero de curso forzoso con objeto de estabilizar la equivalencia de las prestaciones contractuales en relación al poder adquisitivo de dicha moneda depreciada o revalorada (2). Las cláusulas de estabilización son, pues, remedios de tipo jurídico para resolver de un modo privado las quiebras de un sistema monetario anormal.

Efectivamente, son cláusulas de valor, como sostiene la sentencia que comentamos, pero no son «cláusulas de compensación», como indistintamente las califica. Es un error, ahora extendido (3), el creer que estas cláusulas

(1) Cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1944) 39; ROCA SASTRE, *Cláusula de estabilización*, en «Estudios de Derecho Privado», I (1948), 251; FENECH, *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 2 (1954) 141; BONET CORRERA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIX-XXX (1960), 43; MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en «RCDI», 392-393 (1961), 273.

(2) Cfr. FONCILLAS, *La depreciación y sus efectos jurídicos* en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 90 (1932), 428; VALLET DE GOYTISOLO, *La antitesis «inflación-justicia»*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 5 (1960), 531 y sigs.

(3) Así se advierte en PELAYO HORE, *Op. cit.*, pág. 60 y 61; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas privadas de revalorización monetaria*, en «Revista

las solamente son puestas para favorecer o compensar al acreedor, olvidándose que dichas cláusulas son típicas en épocas de inflación monetaria y, por tanto, se pactan cuando son más perjudicados los acreedores; pero, conforme a su contenido objetivo también pueden actuar en su contra, en caso de deflación monetaria, y resultar en beneficio del propio deudor. De ahí que reciban su denominación como cláusulas de valor (ya sea éste creciente o decreciente) o cláusulas de estabilización.

En cambio, ¿qué es una «cláusula de estilo»? Si seguimos la posición actual más autorizada (4), se entienden como tales aquellos pactos o disposiciones que, generalmente por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los documentos de un determinado tipo, teniendo por objeto sustituir una norma de derecho dispositivo por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia.

FARRÉ (5) hace ver cómo se trata de fórmulas notariales caracterizadas por su aparición reiterada en los instrumentos. Pueden ser de diversas clases; por su colocación, este autor distingue las iniciales, las contextuales y las finales; por su naturaleza, diferencia las esenciales de las accidentales. También conviene distinguir, según él, las cláusulas de forma interna de las cláusulas de forma externa; mientras las primeras se refieren a la estructura del negocio, expresado en el documento notarial, en cuanto a sus elementos personales, reales y de la relación jurídica establecida, las últimas son las llamadas clásicamente cláusulas de estilo.

A pesar de este eminente carácter externo y de que son generalmente puestas o transcritas en el documento público por puro interés notarial, tanto FARRÉ (6) como GONZÁLEZ PALOMINO (7) coinciden en que responden a una efectiva instrucción de los otorgantes, suponen un fenómeno vivo y vital. Las distinguen, incluso, de las llamadas «cláusulas formularias», o sea, en lenguaje castizo, de las cláusulas de estilo amojamadas y, por consiguiente, muertas. Tales cláusulas son aquellas que después de haber provocado su efecto útil siguen rodando y repitiéndose por los instrumentos vacías de

de Derecho Español y Americano», VI-25 (1961), 491. Este último autor cae en contradicción con su propio título al aducir los índices de valoración entre los años 1955 y 1960; en este último año el índice decrece y si se hubiese producido una gran deflación el índice decrecería mucho más. Además, según una terminología universalmente aceptada, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. arg. Buenos Aires, 1954, pág. 250, mientras la «depreciación» constituye un fenómeno económico, la «desvalorización» constituye un acto legislativo.

(4) Cfr. FARRÉ, *Función de las cláusulas de estilo en las escrituras*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», III (1946), 95 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Una cláusula de estilo: la de no estorbar*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1956), 580 y sigs.; y sus *Instituciones de Derecho Notarial*, I (Madrid, 1948), 508 y sigs.; GÓMEZ MORÁN, *Las cláusulas de estilo y el contador partidor*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», (1948), 630 y sigs.

(5) FARRÉ, *Op. cit.*, pág. 118.

(6) FARRÉ, *Op. cit.*, pág. 119.

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones, cit.*, pág. 508.

sentido y carentes de contenido, sin más razón que la de una rutina inveterada.

Aclarados estos conceptos, resulta difícil comprender cómo se pueden calificar de cláusulas de estilo las contenidas en las escrituras de autos cuando se pactó que se devolverían dichas sumas «en buenas monedas corrientes de oro o plata, o bien en billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno», o «en moneda de oro o plata corriente». Se debe tener en cuenta que si la entrega de dinero siguiese comportando indistintamente una u otra especie, nada habría que oponer al respecto; pero cuando se pacta la entrega de moneda específica estamos ante una de las modalidades posibles y diferentes de las deudas monetarias, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1.170 y 1.174 del Código civil. Si en épocas de relativa normalidad económica ello supone ya una diferencia, tal como sucedió en el supuesto de hecho de la Sentencia, mucho más significa cuando suceden grandes fluctuaciones en el valor de la moneda.

Además, desde un punto de vista interpretativo de la voluntad de las partes no se puede desechar una cláusula con un efecto útil, debido al «descuento» y «quebranto» previsto y sucedido, tanto en el oro y la plata como en los billetes del Banco de España. Como dice STOLFI (8), parece excesivo privar de efectos total o parcialmente a una manifestación de voluntad sin que se pruebe con seguridad el efecto de intención de obligarse, es decir, de la única circunstancia que podría motivar la declaración de inexistencia del acto en su totalidad o en alguna de sus cláusulas. Ni la práctica ni la Ley exigen que los pactos sean más o menos originales para poder tener eficacia, sino que exigen a tal fin que correspondan al interno querer. Según este autor, no se puede, y sobre todo no se debe, tomar pretexto de la semejanza o identidad de uno de aquéllos con los contenidos de otras convenciones o formularios notariales para negar al primero sus efectos propios. El propio Tribunal Supremo tiene ya declarado, a propósito del artículo 1.284 del Código civil, que deben excluirse aquellas interpretaciones que hagan las cláusulas baldías, inútiles o ilusorias (9).

La manifestación de que el pago debía hacerse en moneda de oro o plata, o ya en billetes del Banco de España, *sin descuento ni quebranto*, se trata de algo más que de una cláusula de estilo, porque en la fecha de dicho pacto, 4 de noviembre de 1926, se empezaban a notar los primeros síntomas agudos de depreciación del dinero y se estaba ante la reciente experiencia de una de las inflaciones mayores de la Historia, cual fué la alemana de 1923 en que su moneda llegó a valer mil millones de veces menos de lo que valió diez años antes.

Por lo que a España respecta, en estas fechas es cuando aparecen las primeras cláusulas de estabilización ante el temor de que una funesta experiencia, como la alemana, pudiera ocurrirle lo mismo a nuestra peseta; no era, precisamente, a través de una cláusula de estilo, repetida o gastada, el medio de cubrirse de este riesgo. Era un modo más o menos protocolario de expresar la voluntad de las partes. Ni la rutina, ni el uso habían lo-

(8) STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp., de Santos Briz. Madrid, 1950, pág. 289 y sigs.

(9) S.S. 18 abril 1941, 21 abril 1951 y 2 febrero 1952.

grado entonces que cristalizara una cláusula de estilo sobre el deber de entregar «buena moneda de oro, o plata o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno para la misma», ¿qué rutina podía haber si el fenómeno de la depreciación constituía ya una seria amenaza?

Además, se trata de un pacto que afecta al objeto propio de la prestación del contrato; el señalar la modalidad de la prestación no puede ser objeto del contenido de una cláusula de estilo, máxime cuando se está ante una obligación pecuniaria; tiene demasiada importancia para que las partes abandonen o no especifiquen su voluntad en lo que supone materia esencial de su negocio.

Incluso, aunque estuviésemos ante una cláusula de estilo no sería de las llamadas cláusulas de estilo amojamadas, pues el pacto tiene un contenido lo suficientemente importante para que produzca sus consecuencias jurídicas. Además, tal formulación es bien conocida como cláusula de valor; pero ello requiere un examen más amplio, para demostrarlo cumplidamente.

#### 4. *La forma y el contenido de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata».*

La Sentencia que comentamos afirma que «la cláusula valor como la viene elaborando la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, consiste en que el pacto se contraiga no sólo a que el pago había de hacerse en una moneda o en una especie determinada, sino que es imprescindible que los interesados remarquen su intención de que de no hacerse en tal forma el pago por imposibilidad u otra causa, se hará en su equivalencia en relación a la moneda de curso legal o a la especie existente en el mercado al momento del pago; y a tal definición y concreción habría de estarse al resolver el problema planteado».

A pesar de tal afirmación, tenemos entendido que tanto la doctrina como la jurisprudencia opinan de otro modo.

Por lo que a la doctrina se refiere, fué NUSSBAUM (10) quien mejor puso de relieve este extremo con la finura y calidad de argumentos jurídico-monetarios que le caracterizan. Dice este autor que la cláusula oro no tiene siempre el mismo significado. Unas veces expresa que el deudor ha de entregar piezas de oro de la moneda o sistema estipulado; otras veces significa únicamente que se ha de entregar el valor de esas piezas en aquel sistema. Teóricamente aún caben otras hipótesis. Pero esto carece de importancia práctica, según NUSSBAUM, porque cuando el acreedor exige que se le pague en oro, sin añadir nada más, claro es que piensa en el metal, no en el valor solamente; pero que la prestación debe hacerse en oro amonedado se deduce, por otra parte, de la misma referencia a un sistema monetario y, por otra, de la circunstancia de que los lingotes, objetos de oro o monedas de oro extranjeras, tendrían para el acreedor mucha menos utilidad. Solamente con esa interpretación, cree este ilustre autor, se logra la garantía que, por voluntad de las partes, ha de procurar al acreedor la cláusula

(10) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*. Trad. esp. y notas de Sancho Seral. Madrid, 1929, pág. 267 y sigs.

sula oro. Con frecuencia sucede que la misma manera de formular la cláusula excluye otra interpretación, por ejemplo, las frases «en oro alemán», «en moneda alemana de oro», etc.; de la misma manera la expresión «franco oro» antes de la guerra, debía ser referida, en una interpretación nada forzada, a las monedas oro expresadas en francos, como la frase italiana «pagabile in oro effettivo», o la española «en oro o plata gruesa».

Para NUSSBAUM (11) representa un criterio inadmisibles de interpretación literal el fiar únicamente la decisión a la forma en que la cláusula aparecía redactada. A pesar de que la deuda de moneda oro y la deuda de valor oro tienen una estructura jurídica diferente, no por eso se excluyen uno u otro de los dos tipos de deuda. En efecto, el que ha de entregar monedas de oro tiene que facilitar, al mismo tiempo, el valor correspondiente a esas monedas. En este sentido se puede considerar la deuda de moneda oro como una deuda de valor oro agravada por una deuda de prestación de cosa. Esto hace que, aunque desaparezca la deuda de moneda oro (por ejemplo, en caso de ser imposible adquirir monedas de oro), subsista una deuda de valor oro (12).

El mismo criterio se mantiene en la doctrina italiana por MOSSA (13), al cual siguieron otros muchos autores (14). Un distinguido autor, el pro-

(11) NUSSBAUM, *Op. cit.*, pág. 268.

(12) En el mismo sentido cfr. ULRICH, *Die Goldklausel*. Aarau, 1932; WEBER, *Der Goldindex*, (1933); WOLFF, *Schuldverschreibungen auf Reichs- oder Goldmark mit unechter Valutaklausel*. Mannheim, Berlín y Leipzig, 1935; PLESCH, *Die Goldklausel*. Wien, 1936; DUDEN, *Neue Gesetze und Urteile über Währung und Goldklausel*, en «Zeitschrift für Ausländische un Internationales Privatrecht», X (1936), 265; STÄOFFER, *Goldklausel und Abwertung*, en «Zb JV», 73 (1937), 516; DUDEN, *Zur Frage der Rückzahlbarkeit einer Goldmarkhypothek in Reichsmark*, en «Juristische Rundschau», 2 (1947), 53. Dado que legislativamente se prohibieron las cláusulas de estabilización en el régimen actual de la República Federal Alemana, se plantea el problema de su validez futura y de ciertos casos especiales por FÖGEN, *Ist nach der gegenwärtigen Rechtslage noch die Bestellung von Goldpreisabhängigen Hypotheken möglich?*, en «Neue Juristische Wochenschrift», IX-49 (1956), 1824.

(13) MOSSA, *La clausola oro*, en «Revista di Diritto Commerciale» (1923), 58<sup>a</sup> y sigs.

(14) Cfr. ASCARELLI, *Pagamento dei debiti con clausola oro*, en «Rivista di Diritto Commerciale», II (1933), 190; DI STEFANI, *Sulla clausola contrattuali del pagamento in lire oro*, en «Foro Italiano», II (1933), 20; ANDRIOLI, *L'inefficacia della clausola oro valore e il principio di conservazione dei contratti*, en «Rivista di Diritto finanziario e scienze della finanza», II (1939), 83; DALMARTELLO, *Appunti in materie di clausole oro*. Milano, 1942; ORLANDO, *Per la validità della clausola oro*, en «Rivista di Diritto Privato», II (1943), 173; MOSCO, *Clausola oro*, en «Archivio della ricerche giuridiche», II (1948), col. 447; SANTORO-PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola oro*, en «Foro Italiano», I (1949), 40; NOVELLI, *Sulla validità della clausola oro*, en «Archivio della ricerche giuridiche» (1950), col. 840; GRECO, *Ritorno alla efficacia delle clausole oro*, en «Rivista di Diritto Commerciale», II (1950), 431; BERRI, *Sulla attuale efficacia della clausola oro*, en «Giurisprudenza complessiva della cassazione civile», III (1950), 164; CARNELUTTI, *Dubi sulla clausola oro*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 49 (1951), 338; FAVARA, *Efficacia della clausola oro*, en «Giurisprudenza complessiva della cassazione civile», I (1951), 945; MONTELLI, *Clausola oro e svalutazione mo-*

tesor ASCARELLI (15) hace ver concretamente cómo se reconoció explícitamente que la cláusula «dira-oro» contenía una serie de obligaciones y no suponía una cláusula de estilo, tratándose más bien de una de las formas posibles de la cláusula oro. Es que los contratos, según prescribe el Código civil italiano —así como el nuestro (art. 1.258)—, se interpretan según el uso y la buena fe y se deben comprender en ellos las cláusulas de uso; por eso cree este autor que las cláusulas oro se interpretan según el significado que les atribuye la voluntad de las partes en el uso corriente. Y ¿cuál pudo ser la voluntad de los contratantes al estipular una tal cláusula? A su juicio, sólo cabe pensar en que era salir indemnes de las oscilaciones del poder adquisitivo de la lira, apoyándose convenientemente en el oro. La concreción «oro» no se refiere a una simple modalidad del pago, sino que determina el objeto de la obligación.

De aquí que la unánime jurisprudencia italiana, francesa y alemana, así como la anglosajona (16), en el millar de casos juzgados, no han dudado jamás que la finalidad pudiese ser diversa, de que las partes se dirigiesen, no a una modalidad de pago, sino a la determinación del objeto de la obligación en una suma de oro, que por sí misma es independiente de las oscilaciones del papel moneda. Por eso, ASCARELLI opina que las partes no tienen presente el momento del pago, pero sí las oscilaciones del valor de la moneda entre la estipulación y el pago. Si no fuese este su significado, concluye, carecerían de él. Cree que sólo esta interpretación corresponde a la voluntad de las partes y tiene en cuenta la finalidad económica que han preconcebido. Es la única interpretación que responde a los principios generales de su ordenamiento, así como del español también, en materia de obligaciones. Sobre todo, puntualiza este autor, es al momento de la estipulación del contrato al que debemos referirnos para la determinación de la interpretación de la «lira oro» querida por las partes. Cuando ellas se han referido a la cláusula lira oro no lo han hecho abstractamente, sino a la «lira oro» que contiene una determinada cantidad de metal fino.

Paralelamente, la doctrina francesa opina con igual sentido. GENY (17) hace ver como la cláusula «payable en oro» es aquella mediante la que el acreedor asegura una cantidad de francos papel equivalente a la del valor de la cantidad de oro estipulada. A pesar de que la posición jurisprudencial fué muy irregular, concretamente en cuanto a la validez de estas cláusulas, no por eso se deja de identificar la cláusula oro y la valor oro. Según GENY, ni la ley ni la costumbre permiten justificar las soluciones a que llega tal jurisprudencia negativa de la validez de dichas cláusulas, debido a la debilidad y fragilidad de sus argumentos que responden únicamente a

*netaria nonostante il ribasso del prezzo dell'oro*, en «Diritto e Giurisprudenza» (1954), 408.

(15) ASCARELLI, *Le clausole oro e la stabilizzazione della moneta del 1927*, ahora en «Studi giuridici sulla moneta», Milano, 1952, pág. 273; también en *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna-Roma, 1950, pág. 250 y sigs.

(16) Cfr. DAWSON, *The gold clause decisions*, en «Michigan Law Review» (1935), 647.

(17) GENY, *La validité juridique de la clause «payable en oro» dans les contrats entre particuliers français en temps de cours force*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil» XXV (1926), 556 y sigs.

justificaciones de tipo económico del momento, tal como la que pretende derivar del curso forzoso. No se advierte que, con arreglo al artículo 1.895 del Código civil francés se está ante una norma de carácter dispositivo y no imperativa, por lo que cabe una derogación voluntaria realizada por las partes en cuanto se especifica la moneda de pago; así lo creen también MATER (18) y DEMOGUE (19) frente a la postura de NOGARO (20) que sólo aduce argumentos de carácter económico. Sin embargo, la civilística francesa no deja de reconocer la similar función de valorización que tienen ambas cláusulas «oro» y «valor oro» (21).

La doctrina española acepta igualmente la diferencia que existe teóricamente entre las cláusulas «moneda oro o plata» y las cláusulas «valor oro o plata», para concluir, no obstante, sus idénticos efectos. SIMÓN CANO (22) cree que para la interpretación de una cláusula «oro o plata», a pesar de la ambigüedad o confusión a que pudiera inducir su aplicación, es claro que lo que hicieron las partes fué que la cantidad dada y la recibida tuviesen el mismo poder adquisitivo o capacidad de compra, es decir, que tuviesen el mismo valor, que pudiesen adquirirse con ellas igual cantidad de mercancías.

PELAYO HORE (23) también dice que el prestamista que quiere que le devuelvan moneda oro, no lo hace (salvo en el caso de compra de oro) porque tenga un interés especial en contemplar sobre su mesa cien monedas de

(18) MATER, *Le franc-or, le billet de banque et l'ordre public*, en «Revue bancaire», II, 193.

(19) DEMOGUE, *Le cours forcé du billet de banque et ses effets*, en «Journal des Notaires et des Avocats», 152 (1921), 137.

(20) NOGARO, *La clause payable en or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», XXIV (1925), 5.

(21) Cfr. VALERY, *La clause payable en or et le cours forcé*, en «Clunet», 43 (1916), 1132; DUPUICH, *Monnaie d'or et cours forcé*, en «Revue Politique et Parlementaire» (1920), 3; JAMES, *La clause payable en or et le cours forcé*. Thèse. Paris, 1924; PERRAUD, *La détermination de la monnaie de paiement, la clause paiement-or et le problème du change*, en «Journal de Droit International» (1924), 628; MESTRE, y JAMES, *La clause or en Droit français*. Paris, 1926; CAPITANT, *Les succédanés de la clause payable en or*, en «Daloz Hebdomadaire», I (1927), 1 y sigs.; MESTRE *La validité de la clause dite franc-or et des clauses similaires*, en «Le génie civil» (1926), 184; VOIRIN, *Le sort du contrat contenant une clause payable en or ou valeur or*, en «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence» (1926), 379; SOLUS, *La stabilisation du franc et la clause de paiement en or au d'échelle mobile*, en «Journal des Notaires» (1928), 705; CHARRAS, *La clause payable en or et ses dérivés*. Thèse. Lyon, 1928; DOLFUS, *La clause payable en or*. Thèse. Grenoble, 1930; PRESCHI, *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*. Paris, 1937; DOMKE, *Les efforts législatifs tendent à restreindre la validité de la clause-or*, en «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence» (1938), 30; TOULEMON, *L'indice or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Commercial» (1948), 364; ESMERIN, *Le régime de l'or et les clauses de paiement en or*, en «Gazette du Palais» (1948), 1 y sigs.; HEBRAUD, *L'or, le franc et les clauses monétaires*, en «Chronique Daloz» (1948), 137; QUADEN, *Clause-or et monnaie U. E. P.*, en «Revue de la Banque» (1951), 185 y sigs.

(22) SIMÓN CANO, *Interpretación de una cláusula sobre valor monetario*, en «Revista General de Derecho», I (1945), 496 y sigs.

(23) PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1946), 47.

metal áureo, sino que impone tal condición pensando en el valor, en el poder adquisitivo que tendrán aquellas cien monedas; salvo la hipótesis de compra de oro, puede sentarse la afirmación de que toda cláusula moneda-oro es a la vez cláusula valor-oro.

La misma afirmación la hace DUALDE (24) al decir que en la cláusula oro va comprendida inevitablemente una cláusula valor oro cuando las monedas oro no circulan y no hay posibilidad de tomarlas como punto de partida o de referencia. Esto hace que, aunque desaparezca la deuda de moneda oro (por ejemplo, en el caso de ser imposible adquirir moneda oro), subsista una deuda de valor oro. Igualmente QUINTANO RIPOLLÉS (25) se adhiera a esta opinión general.

Una precisión de gran interés, para la Sentencia que comentamos, es la afirmación que hace ROCA SASTRE (26) cuando advierte que, aunque teóricamente existe una diferencia entre la cláusula «moneda oro» y la cláusula «valor oro», no obstante, en rigor, atendiendo a la intención de las partes, la cláusula «moneda oro» es equiparable en definitiva la cláusula «valor oro», al menos, cuando al adoptarse aquélla había monedas de oro en circulación. El argumento básico esgrimido en favor de esta equiparación es que, de no entenderse así, la «cláusula moneda oro» resultaría completamente inútil, lo cual no cabe presuponer fuera el propósito de los contratantes. Como es natural, esta cláusula es adoptada en un tiempo en que, aparte del billete de Banco, circula moneda de oro (o plata), pero con ella se previene el caso de que al tiempo del pago no la haya, por haberse decretado el curso forzoso del papel-moneda. Si el pago de la deuda dineraria con cláusula «moneda oro» tiene lugar en un tiempo en que circula moneda oro, entonces la previsión ha sido específica y usual, y no hay problema, puesto que al acreedor se le pagará en moneda oro, aunque el billete de Banco, sea convertible, en todo momento en moneda oro en las ventanillas del Banco emisor. Otra cosa ocurre cuando, por el contrario, al tiempo del pago ha desaparecido la moneda oro de la circulación, pues entonces; una de dos: o se reputa extinguida la misma deuda u obligación dineraria en sí, por causa de imposibilidad subsiguiente de la prestación lo cual sería absurdo), o con criterio más moderno, esta extinción se limita a la prestación concreta de la especie moneda oro, pero quedando subsistente la obligación dineraria pura, como si no se hubiera adoptado la cláusula moneda oro, lo cual es inaceptable cuando la propia peseta, como unidad fundamental del sistema monetario, sufre depreciación. En definitiva, para ROCA SASTRE o se compensa o neutraliza la circunstancia de haber desaparecido la moneda oro, mediante atribuir al acreedor la facultad de exigir en billetes de Banco el valor correspondiente al metal oro, lo cual equivale a adoptar el juego propio de la cláusula «valor oro». Por tanto, concluye este autor que entre estos

(24) DUALDE, *Cláusula «pago oro»*, en «Revista de Derecho Privado», XXXI (1947), 4.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en «Revista de Derecho Privado», XXXI (1947), 666.

(26) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario. IV. Hipotecas*. Barcelona, 1948, pág. 382, y *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en «Revista de Derecho Privado», XXXIV (1950), 2.



dos términos del dilema, no cabe duda que la equidad y la justicia, así como el respeto debido a lo querido por las partes, inclinan a elegir al segundo. De no ser así, ¿de qué serviría la cláusula «moneda-oro»? Evidentemente, de nada, pues en la normalidad no interesa utilizarla, y en la anormalidad carecería de eficacia.

El profesor MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA (27) también hace la advertencia de que la cláusula de pago en oro, cuando sea materialmente imposible de llevarla a cabo, por no encontrarse este metal, subsistirá en todo caso como cláusula valor oro, con la que en este punto se identifica. LUCES GIL (28) abunda en los argumentos anteriores, al afirmar que en las cláusulas «moneda oro» se halla explícita una cláusula «valor oro», puesto que al entregarse las monedas de oro, se entrega también el valor de dichas monedas. El prestamista que estipula que la devolución de su dinero se haga en buenas monedas de oro, no lo hace por el simple afán de contemplar el brillo de los dorados doblones, sino más bien para asegurarse de que el valor de que se desprende ha de ser realmente recobrado con la devolución del préstamo. De ahí que concluya este autor que cuando el cumplimiento de una cláusula pago en moneda oro o plata se haga imposible, por haber sido retiradas de curso las monedas de esos metales, deba entenderse subsistente como cláusulas valor, de acuerdo con la finalidad perseguida por los contratantes al establecerla. El profesor BELTRÁN DE HEREDIA (29) también cree que en la actualidad puede ocurrir que se emplee la fórmula, en algún contrato, de «cláusula moneda oro o plata», pero deberá interpretarse, no en el sentido estricto de «moneda», sino en el de «valor oro o plata», como punto de referencia para la determinación de la cantidad de dinero de curso forzoso que deberá entregar el deudor.

Recientemente, SOTO NIETO (30) observa cómo la diferencia entre una y otra modalidad de cláusulas oro es en realidad más aparente que real en las actuales circunstancias en que el oro está retirado de la circulación e impuesto el curso forzoso del papel moneda, ya que en tal hipótesis la deuda pendiente se transforma en otra de valor, cuyo módulo será la cifra de moneda oro aceptada, que habrá de dejar paso necesariamente a un cumplimiento en moneda de curso corriente, pero valorando el interés cuantitativo y adquisitivo que presidió el concierto entre las partes contratantes.

Todos estos autores nos dan la nota característica y el tono general que domina en la doctrina respecto a una interpretación de las cláusulas «moneda oro o plata». Hasta la fecha, y que nosotros sepamos, nadie las ha calificado como cláusulas de estilo; por lo que se puede afirmar que se

(27) MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», (1950), 543.

(28) LUCES GIL, *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Foro Gallego», 84 (1952), 598.

(29) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 239.

(30) SOTO NIETO, *Aspecto económico de la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, II (Alcoy, 1959), 203.

trata de una opinión original y gratuita la que ahora la sentencia mantiene respecto de la opinión doctrinal común.

Por lo que a la propia jurisprudencia española atañe, se advierte una rotunda afirmación de los argumentos antes expuestos por la doctrina dominante. En un análisis más detallado de las mismas sentencias, hasta ahora pronunciadas por tan alto Tribunal, se advierten dos modalidades: las referidas a supuestos donde si bien se había pactado el pago en moneda oro o plata se consignaba y preveía que en caso de hacerse dicho pago en papel moneda se abonaría la depreciación o diferencia de valor entre éste y las especies monetarias oro o plata (31); y aquellas otras que deciden exclusivamente sobre casos en que de un modo simple se había pactado la devolución de lo prestado en monedas de oro o plata.

Respecto de estas últimas, análogas al caso de autos, veamos cómo procedió el Tribunal Supremo. La Sentencia de 23 de noviembre de 1946 decidió sobre el siguiente supuesto: «Que... por escritura de 15 de diciembre de 1921, A. G. M. prestó a P. S. M., 30.000 pesetas, por término de tres años, hipotecándose en garantía del préstamo diversas fincas, expresándose en dicha escritura que el pago se haría en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa.» Ante este supuesto, el Tribunal Supremo considera que «siendo evidente la enorme depreciación de aquélla (la peseta) en que se pagó... no puede sostenerse que la consignación se realizó conforme a las mismas, condición precisa para atribuirle efecto liberatorio... y... no puede ponerse en duda que al pactarse como en el caso presente que el pago se verificaría en moneda corriente de oro o plata gruesa, fue la intención de los contratantes que se realizase en moneda equivalente a la recibida al celebrarse el contrato de préstamo».

Igualmente, la Sentencia de 9 de enero de 1950 manifestaba que «la cláusula cuarta del referido contrato de préstamo establece que el pago de capital e intereses se verificará precisamente en oro o plata gruesa y no es posible estimar que a ella fueran equivalentes los billetes rojos consignados... dada la enorme depreciación alcanzada por el papel moneda circulante en dicha zona y en aquella fecha... so pena de quebrantar las más elementales normas de justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos».

También en la Sentencia de 28 de noviembre de 1957 se reafirma esta doctrina legal cuando dice que «las dos partes contratantes eran conocedoras, desde el momento de la estipulación, del objetivo perseguido y de la finalidad que se proponían con su inserción encaminada a que la renta convenida quedara estabilizada, sin estar sujeta a la cotización variable que la moneda papel experimentase, y para ello establecieron que la renta concertada había de ser pagada «en monedas de oro o plata», de curso legal, con exclusión de todo papel moneda, aun cuando éste tuviera curso forzoso, pago que podía también hacerse en billetes del Banco de España, pero tan sólo cuando convenga al arrendador». Además, precisa que «dados los términos contenidos en la cláusula segunda del contrato, por cuanto su in-

(31) SS. 4 julio 1944, 12 marzo 1946, 29 abril 1946, 22 marzo 1947 y 5 abril 1948.

interpretación, referida a que el pago ha de realizarse en moneda de oro o plata, *ha de entenderse que ha sido utilizada en el concepto de querer significar cláusula valor*, deduciéndose que caso de no poder prestarse cumplimiento por falta de metal amonedado, este valor-moneda puede, y debe, ser sustituido en su equivalencia por el número de billetes de Banco que le representen, debiendo sólo, pues, servir de módulo para calcular el importe dinerario que aquellas monedas tienen en el mercado del metal».

Aún se podría objetar que algunos de estos fallos se pronunciaron para una situación excepcional de la zona marxista y con moneda enormemente depreciada. A ello hay que oponer que existen fallos que no tratan de tal situación; además, ni por haber sido realizado en diversa comunidad de pagos, ni por ser en moneda roja tuvo distinta trascendencia; según se declara por el propio Tribunal Supremo, «la circunstancia de que el pago intentado por consignación haya sido en billetes del Banco de curso legal en la zona marxista, no resta fuerza liberatoria plena en el caso de autos a la especie entregada, porque si bien los artículos 38 y siguientes de la Ley de 7 de diciembre de 1939 concedieron acción revisoria de pagos hechos por deudas extrabancarias entre el 1 de enero de 1937 y la fecha de la liberación... es lo cierto que a tales normas se les dió carácter excepcional... pues el legislador, ante los graves trastornos en la economía y en la seguridad del tráfico... *optó por dar fuerzas extintiva plena como norma general*, a los efectos en aquella zona» (32).

En cuanto a la objeción de que los pagos fueron ejecutados en moneda enormemente depreciada, resulta cierto para la peseta de la zona marxista, pero desgraciadamente también ha resultado para la nacional; nuestra moneda ha conocido no sólo la depreciación, debido a la inflación cuya cúspide se alcanza en el año 1956 (33), sino también sufrió una desvalorización. La desvalorización de la peseta se hace evidente entre las dos normas fundamentales que establecen su paridad monetaria respecto al patrón oro: la Ley de 19 de octubre de 1868, que determinó que la moneda de cinco pesetas oro pesaba 1,6121 gramos con una ley de 900 milésimas, al contener 0,45161 gramos de oro fino, y, el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958, que de nuevo fija la paridad de la peseta en oro, al quedar establecida en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, equivalente a 60 pesetas por dólar USA del peso y la Ley en vigor el 1 de julio de 1944. En conclusión, que una peseta del año 1868 es hoy equivalente a 19,60 pesetas, según el valor oficial o nominal proclamado por el Estado español; la desvalorización no puede ser más evidente.

(32) Sentencia de 2 de marzo de 1943; en el mismo sentido la Sentencia de 4 de julio de 1944. Sobre esta materia puede verse la confirmación doctrinal, cfr. MARÍN LÁZARO, *Principios y orientaciones del desbloqueo y de la revisión de pagos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» (1940), 3; MORO LEDESMA y HERNÁNDEZ-GIL, *Valides de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución*, en «Revista de Derecho Privado», XXV (1941), 37; HERNÁNDEZ-GIL, *En torno a la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja*, en «Revista de Derecho Privado», XXVIII (1944), 17.

(33) La circulación fiduciaria, según balance del Banco de España, alcanzó entonces los 55.821 millones de pesetas.

La depreciación de nuestra peseta fué el resultado de muy complejas causas, entre las que se puede destacar la falta de reservas oro, debido al pillaje realizado por los marxistas, la lenta recuperación del utillaje fabril, agrícola e industrial, como consecuencia del bloqueo internacional que sufrimos, así como de ciertos manejos en los precios y salarios, del régimen de control de cambios, etc., lo que condujo a una pendiente inflacionista reconocida por las propias disposiciones legales y jurisprudenciales, hasta la reciente estabilización monetaria. Los autores (34) y el propio Tribunal Supremo (35) describen y han tratado de remediar tales efectos.

Los argumentos aducidos en contra de situaciones diferentes tampoco son válidos; por lo que queda así demostrado cómo las alteraciones de la peseta son reales y efectivas. También se advierte cómo el Tribunal Supremo en decisiones anteriores no condicionó las cláusulas «moneda oro o plata» a que los contratantes previeran la depreciación; tanto lo entendió para los casos previstos como para los que nada se había dicho, cuya referencia era exclusivamente a la moneda oro.

De aquí que la consecuencia que se saca en el segundo considerando de la Sentencia que comentamos, resulta una afirmación dudosa, al decir que «sentada la anterior doctrina, del estudio de la escritura de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis se desprende que las partes pactaron que el pago se haría «en plata, oro o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto» lo que excluye toda idea de «cláusula valor oro o plata» en cuanto se intentó el pago en billetes, sin descuento ni quebranto alguno, conforme a lo pactado, que en ningún momento se haría en oro o plata o su equivalente en billetes del Banco».

Creemos que no se puede ser tan optimista, respecto a la apreciación de un descuento y al quebranto sufridos por el acreedor, si se reciben billetes de una moneda como la peseta que llega a depreciarse cerca de una veintena de unidades de su valor, precisamente dentro del período de autos. Ya la Sentencia de 28 de noviembre de 1957 interpretó que cuando el pago debía realizarse en moneda oro, ha de ser entendida en el concepto de querer significar cláusulas valor, cuyo fundamento lo pone «en el quebranto que ha sufrido el papel moneda, por su depreciación, relacionada con el oro y con la plata y como ha quedado exteriorizado con el oficio librado por el Banco de España». Además, añade, que la cantidad a entregar se debe en una «proporción a la que debe ajustarse en aquella fecha el contrato discutido, bien por la proximidad de intereses que del mismo se deriva, y ya en atención a las normas de justicia conmutativa que debe presidir toda convención ante la correlación que en las prestaciones onerosas cada parte se ha de llevar consigo.»

Respecto al fundamento de la actual Sentencia, también nos parece advertir que se invoca una legislación monetaria inexistente en el momen-

(34) Cfr. SIMÓN CASO, *Op. cit.*, pág. 406; VÁZQUEZ RICHART, *Efectos jurídicos de la depreciación monetaria*, en «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» (1957); UBERNA, *El problema monetario*, en «Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» (1957), 31.

(35) SS. 4 enero 1951, 11 marzo 1957, 28 noviembre 1957, 6 junio 1959 y 31 octubre 1960.

to de pactarse la modalidad de pago en moneda oro, por lo que no puede concluirse su nulidad; pero éste es un extremo que merece comentario aparte.

5. *La validez de la cláusula de estabilización «moneda oro o plata» ante el curso forzoso del papel moneda.*

Al referirse a la segunda escritura de préstamo, la comentada Sentencia de 22 de diciembre de 1961 dice: «Y en la de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta la fórmula empleada fué que el pago se haría en oro o plata» (con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso), pacto que aparte de ser nulo por contrario a la Ley en cuanto obliga al pago en plata u oro físicos, en contra de la prohibición de su tenencia y circulación, vulnerando también las disposiciones sobre el curso forzoso y el poder liberatorio de la moneda papel, tampoco contiene el elemento esencial de obligar al abono de la «equivalencia del valor oro».

En primer lugar, hay que hacer una advertencia, a nuestro parecer, que tiene una gran importancia para la correcta interpretación de la cláusula añadida por las partes en su contrato del año 1931 y es la diferente transcripción que hace el considerando de la Sentencia con la que en un principio muestra al describir los hechos en sus resultados; mientras que allí se dice que las partes pactaron que «el pago del capital e intereses se hará... en moneda de oro o plata corriente, con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituye aunque fuese declarado de curso forzoso», después, al concluir, se habla en el considerando simplemente de oro o plata, interpretándose erróneamente que lo que las partes quisieron fué el «pago en plata u oro físicos». Si los contratantes expresaron que el pago se haría en «moneda oro o plata» y excluyeron expresamente el papel moneda no quiere decir que quisieron oro o plata físicos, sino *moneda*, aunque fuese de determinado metal (oro o plata). Y ya hemos visto cómo el propio Tribunal Supremo, ante la imposibilidad del pago en monedas metálicas que dejaron de tener curso legal, considera que existe una cláusula valor a realizar su pago en moneda de curso forzoso; tal solución responde a la naturaleza fungible del dinero, ya que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), por lo que tampoco cabe alegar la imposibilidad del pago de las deudas pecuniarias (36). Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 16 de mayo de 1941 y de 4 de julio de 1944, al decir, esta última, que al amparo del 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 convenida (oro o plata), por haberse impuesto otro instrumento monetario, se abone la depreciación».

(36) Cfr. PÉREZ SERRANO, *La imposibilidad de la prestación especialmente en la vida mercantil*, en «Cuestiones actuales al Derecho mercantil, monetario y tributario» (Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona). Barcelona, 1944, pág. 31; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, pág. 206; BONET CORREA, *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XIV-1 (1961), 33.

En definitiva, es que se trata de un préstamo de dinero y no de un comodato o entrega de cosa, según la interpretación de la Sentencia que comentamos; entonces, ¿cómo puede hablar de créditos garantizados con hipoteca en el presente caso? En la actual Sentencia se ha olvidado que tal pacto se produjo en el año 1931, época en que el sistema monetario era bimetalista, en base a la Ley de 19 de octubre de 1868, y, si bien el empleo de la moneda oro había caído en desuso no se había prohibido, siendo la moneda de plata de curso legal hasta que la Ley de 20 de enero de 1939 le priva de tal curso. Lo que sucede es que, en la Sentencia se involucra el momento de celebración del contrato con el del pago y se sacan unas consecuencias fuera de las circunstancias de tiempo y lugar, necesarias y elementales para la resolución del conflicto de intereses.

Por lo que respecta a la cláusula «moneda oro o plata», la doctrina ha destacado la necesidad y lo decisivo que resulta el momento político-económico en que la cláusula se pacta y se realiza el pago (37). A pesar de que haya autores que se pronuncien de una manera negativa en cuanto a la inaplicabilidad de estas cláusulas, incluso para las contraídas en un régimen anterior (38), sus soluciones carecen de falta de fundamento legal sin tomar en consideración el carácter ultrafungible de las obligaciones monetarias. ROCA SASTRE (39) hace ver cómo es absurdo reputar extinguida la deuda de obligación dineraria en sí, por causa de imposibilidad subsiguiente de la prestación. Además, no hay que olvidar que existe una norma fundamental que permite concretamente las deudas de moneda específica: el artículo 1.170 del Código civil. Para el supuesto de 1931, que contemplamos, se puede decir, con HERNÁNDEZ-GIL (40), que se trata del supuesto normal comprendido en dicho artículo y ningún problema puede plantearse entonces en orden a su validez.

Otra consideración supondría cuando bajo el régimen de curso forzoso se hubiere realizado el pacto; aunque sería discutible, a nuestro parecer, pues siempre cabría interpretar la voluntad de las partes como una muestra evidente de establecer una cláusula valor, de cuya validez no dudamos. Sin embargo, respecto a la legalidad vigente, en cuanto establece el régimen de curso forzoso y el poder liberatorio del papel moneda, ciertos autores consideran que dicha cláusula «moneda oro o plata» no es válida (41), o bien que resulta ineficaz (42) o ya es nula (43). A todas estas conclusio-

(37) Cfr. PELAYO HORE, *Op. cit.*, pág. 49.

(38) Cfr. PUIG PEÑA, *Cláusula oro*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV (Barcelona, 1952), 183.

(39) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, cit.*, IV, 348.

(40) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), 308.

(41) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. III Derecho de obligaciones*, 9.<sup>a</sup> ed., rev. y amp. Madrid, 1954, pág. 272; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español. I. III. Obligaciones y contratos*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1951, pág. 88.

(42) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho civil. I-2. Derecho general de obligaciones*. Barcelona, 1959, pág. 336.

(43) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *Op. cit.*, I, 368, afirma que la invalidez pertenece al grado de la nulidad radical, doblemente, ya que falta un requisito esencial (art. 1.261, en relación con el 1.271) y se contraviene una prohi-

nes creemos se pueden oponer consideraciones bien fundadas que las proclaman válidas y eficaces.

Así, estamos de acuerdo con lo que dice recientemente SOTO NIETO (44), de que la afirmación según la cual la cláusula «oro o plata» viene a ser contraria a las leyes que, inspiradas en el principio nominalista, imponen el curso forzoso de la moneda de papel, es gratuita y sin real fundamento. La Ley española de 9 de noviembre de 1939 se limita a prescribir que los billetes del Banco emisor son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio (45), y en méritos a una cláusula oro, equivalente a la valor oro, inserta en un contrato en nada se contradice dicha prescripción, ya que habrá de satisfacerse la deuda precisamente en billetes de los existentes en curso lográndose con los mismos una liberación absoluta de aquélla. Es que, como dice el profesor BATLLE (46), una cosa es aceptar el pago en billetes de Banco, que es lo que la Ley ordena, y otra cosa distinta que exista un pacto sobre la cantidad a pagar en billetes conforme a un módulo (47). Es que las partes tienen absoluta libertad para precisar la cuantía *ab initio*, ¿por qué razón no puede admitirse una elevación nominal —ya que no lo es de un modo real— para el futuro? Mediante esta cláusula la deuda desemboca necesariamente en una prestación con moneda de curso legal, no contradiciéndose el propósito estabilizador que preside el nominalismo, puesto que del papel moneda se hará uso única y exclusivamente por su nominal valor, afectando el pacto tan sólo a la cantidad numérica a recibir en el momento de satisfacción del crédito; la devaluación de la moneda —hecho que necesariamente ha de preceder a la operación, no siendo su consecuencia— es tomada en consideración para ser medio de cálculo (48).

En cuanto al argumento de que una cláusula «moneda oro o plata» es nula porque contraviene una prohibición legal (al no estar el oro y la plata en el comercio jurídico y, como consecuencia no haber objeto cierto en el contrato, arts. 1.261 en relación con el 1.271 del Código civil) carece igualmente de fundamento. No se ha dado ninguna disposición imperativa que ponga fuera del comercio al oro y a la plata; el Decreto-Ley de 14 de marzo de 1937 tan sólo obliga a hacer entrega al Estado, en concepto de depósito, el oro amonedado o en pasta, con el oportuno resguardo acreditativo de la existencia del depósito (art. 1); y, la Ley Penal y Procesal de Deli-

bición legal. Creemos que tal tesis no puede sostenerse y mucho menos a partir del Decreto-Ley de 4 de julio de 1958.

(44) SOTO NIETO, *Op. cit.*, II, 206 y sigs.

(45) La Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, establece que corresponderá al Banco de España la facultad exclusiva de emitir billetes de curso legal, al portador, que ejercerá, como único de emisión en el territorio nacional y posesiones españolas (art. 11).

(46) BATLLE, en anotaciones al *Curso de COLÍN y CAPTANT*, 2.ª ed., III (Madrid, 1951), 259.

(47) En el mismo sentido: SS. 4 enero 1951 y 28 noviembre 1957.

(48) Según advierte BONET RAMÓN, en el comentario a la Sentencia de 4 de julio de 1944, en «Revista de Derecho Privado», 28 (1944), 886, nunca puede verse en las consideraciones sobre el curso forzoso fundamento suficiente para declarar *ipso iure* sin efecto las cláusulas de valor oro, sea desde el primer momento, sea para el caso del curso forzoso.

tos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938, tan sólo reputó delitos de contrabando monetario el *exportar* moneda española de oro, plata, al igual que los billetes del Banco de España (art. 1.º, apart. 12). Por tanto, el oro y la plata si se retiraron de la circulación, no obstante, no quedaron fuera del comercio jurídico; prueba de ello es que se siguieron dando relaciones mensuales de cotización por el Estado respecto del precio del oro para calcular el pago de los derechos arancelarios.

En el supuesto que contempla la Sentencia que comentamos se trata de unos préstamos en «moneda oro o plata» celebrados en los años 1926, 1931 y 1935, por lo cual, están dentro del régimen vigente del Código civil (arts. 1.171, 1.753 y 1.754) sin que les afecte para nada ningún régimen monetario de excepción (49). Ahora bien, al momento de su cumplimiento la moneda de oro y plata no es de curso legal, es imposible su pago, lo que implica, por la naturaleza de la deuda, una conversión en moneda de curso forzoso, según la esencia característica de las deudas pecuniarias (*genus nunquam perit*). Tal conversión no sería equitativa si se prescindiese de la gran depreciación que sufrió la peseta en el intervalo que va desde su pacto al pago, según fué proclamado en otros casos. Autores, como Pelayo Hore (50), no dudan en reconocer que «una justicia innegable exige que devuelva no la misma cantidad nominal, sino el mismo valor real». Y Soto Nieto (51), encarándose con el supuesto, de un modo concreto afirma que «la verdadera importancia de la cláusula metálica se presenta cuando el pacto fué concertado en época de normalidad económica, sobreviniendo más tarde el curso forzoso del papel moneda y la consiguiente alteración del valor de aquélla, o bien cuando un momento u otro se encuentran dentro de la fase de depreciación monetaria y de circulación forzosa del papel. Tanto en una como en otra hipótesis, las razones de legalidad, justicia y moralidad aducidas demandan su admisión y eficacia, traduciéndose, en definitiva, en cláusula valor oro». Posición que, según vimos, fué mantenida con anterioridad por el propio Tribunal Supremo (52).

#### 6. El préstamo hipotecario con cláusula de estabilización.

Otro extremo que toca esta Sentencia de 22 de diciembre de 1961 es el referente a la «exigencia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad. La Sentencia afirma que en uno de los motivos de este recurso se sustenta una interpretación errónea (anáxime si se tiene en cuenta el carácter eminentemente formal de la hipoteca que exigiría la constancia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad, que no había tenido lugar».

(49) A partir de la Real Orden de 10 de octubre de 1930, lo único que sucede es que el régimen de control sobre *divisas* empieza a hacerse evidente, exigiéndose un justificante de su destino, al modificarse la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 por la de 26 de noviembre de 1931 que tan sólo «suspende» temporalmente el régimen de reserva metálica de los billetes en circulación. Pero la moneda de plata no queda fuera del curso legal hasta la Ley de 20 de enero de 1939.

(50) Pelayo Hore, *Op. cit.*, pág. 41.

(51) Soto Nieto, *Op. cit.*, II, 211.

(52) SS. 23 noviembre 1946, 9 enero 1950 y 28 noviembre 1957.



Según esta última conclusión parece evidente que el Tribunal Supremo acaba de reconocer que se trata de una cláusula valor, lo que resulta en oposición con su afirmación anterior de considerarla cláusula de estilo.

Según hemos expuesto en otra ocasión (53), es posible el acceso al Registro de la Propiedad de los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización y, concretamente de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata», según ya afirmó la doctrina y concluyó por aceptar la legislación.

En una etapa antecedente a la actual, FALKENSTEIN y HAUSER (54) ya sostenía el argumento de que, al establecerse la unidad monetaria «peseta oro» para el pago de los derechos de Aduanas (Decreto de 29 de agosto de 1928) y publicarse periódicamente en la «Gaceta» (hoy «Boletín Oficial del Estado») la equivalencia oficial de la peseta oro con la peseta de curso legal, no podía considerarse ilícita la constitución de hipotecas en garantía de créditos que consten en peseta oro, puesto que cabe el cálculo de la equivalencia con arreglo a las normas indicadas.

También ROCA SASTRE (55) advirtió la validez y licitud de las cláusulas oro y valor oro, puesto que no se oponen sustancialmente al principio de especialidad hipotecaria, ya que son perfectamente inscribibles, siempre que en su constitución se establezca un dato o elemento oficial de referencia para la determinación, en todo momento, del valor oro o del quebranto del billete del Banco de España en relación con el oro y que bien pudiera ser el último tipo de recargo o prima que para pagar en pesetas papel los derechos de Aduanas se publica mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado». De este modo cree quedan salvadas las exigencias del principio de especialidad, el cual, ni siquiera en materia de hipotecas significa fijeza absoluta, sino simplemente determinación en el sentido de seguridad acerca del volumen de los gravámenes. Con el índice de referencia al valor oro, ROCA SASTRE hace ver cómo se tiene un punto determinado o determinable en cada momento, mediante una simple operación aritmética, por lo que, en rigor, dado el juego estabilizador de la cláusula oro, resulta que las hipotecas se avienen con el principio de especialidad de un modo muy superior a otros tipos de derechos reales. Con sólo este requisito de establecer un punto oficial de referencia con el valor oro, pueden considerarse inscribibles las hipotecas cuyo débito garantizado contenga la cláusula oro, y una vez inscritas siempre se estará en condiciones de determinar su verdadero valor, a todos los fines de su ejecución, purga o descuento. En caso de ejecución, el acreedor hipotecario podrá reclamar una suma de dinero, en billetes del Banco de España, en la cantidad necesaria para alcanzar el valor del oro a base del

(53) Cfr. BONET CORREA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIX-XXX (1960), 43.

(54) FALKENSTEIN y HAUSER, *El patrón oro en los créditos hipotecarios*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 102 (1933), 449.

(55) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., IV, 388. En cambio, las cláusulas oro son inoperantes para MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 329-393 (1961), 293 quien recuerda el criterio negativo de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 1 y 3 de marzo de 1952.

importe del débito garantizado; y como esta determinación sólo requiere una simple operación de cálculo, nada impide que pueda utilizarse como proceso ejecutivo el procedimiento sumario y el extrajudicial.

Tal argumento vino ratificado por la modificación realizada al artículo 219 del Reglamento Hipotecario, al reconocer la posibilidad de que en las escrituras de préstamo hipotecario se puedan hacer constar las cláusulas de estabilización de valor, prescribiéndose entre los módulos estabilizadores el premio del oro en las liquidaciones de Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda.

El que la hipoteca sea un acto formal no implica un carácter constitutivo cuando se trate de un préstamo con cláusula de estabilización; la posibilidad de constancia en el Registro ya hemos visto que fué una cuestión aceptada y la inscripción para nada afecta a la modalidad del crédito. Desde el punto de vista civil, el propio Tribunal Supremo, en reciente Sentencia de 31 de octubre de 1960, afirmó que dicha cláusula valor es válida y no nula como la consideraron las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 3 y 4 de marzo de 1962, a propósito de una cláusula de estabilización «valor trigo», porque «sin que la doctrina de la Dirección General de los Registros —decía— vincule a este Tribunal Supremo, no obstante su eficacia en el orden registral y su reconocido e indiscutible valor científico, en todo caso, sin que pueda trascender a la nulidad el procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, seguido para la efectividad de la pensión garantizada con hipoteca». Afirma, además, «que no puede, desde el momento en que se rechazaron los motivos examinados, declararse la nulidad de dicho procedimiento ejecutivo sumario, pues aunque se admitiera que la iliquidez de la deuda y la cuestión previa de la validez de lo contenido sobre la estabilización de la moneda en que debía pagarse impidiera el procedimiento, como tal nulidad se hizo depender de la cláusula consabida y sólo por consecuencia de ella..., al ser la última válida queda sin punto de apoyo la nulidad reclamada... pudiendo añadirse como nota legal confirmatoria de aquella validez lo dispuesto en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, según queda redactado por el Decreto de 17 de marzo de 1959, aunque para este caso carezca de aplicación».

Superada aquella posición inicial, tanto la jurisprudencia como la legislación admiten la posibilidad de que un préstamo hipotecario contenga una cláusula de estabilización y, concretamente, una cláusula valor oro, sin que ello obste para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si para la etapa anterior nada se había dispuesto legalmente, una interpretación lógica y confluente, tanto conforme a la voluntad de las partes, como con la vigente disposición, conduce a proclamar la eficacia de un préstamo hipotecario con una cláusula «moneda oro» de estabilización.

JOSÉ BONET CORREA,

*Investigador Científico del C.S.I.C. en el  
Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.*

## II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José PERÉ y Ramón ZABALZA, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general

1. DERECHOS SUBJETIVOS: NATURALEZA DE LA ACCIÓN PROCESAL. Véase Sentencia de 18 de noviembre de 1961 (II, 15).

2. DOMICILIO DEL INCAPACITADO: *Estando incapacitado el causante de la prevención del abintestato y sin posibilidad por su demencia precoz de tener domicilio propio, por lo que no cabe acudir a la regla 5.ª del art. 63 L. E. C. (juez del último domicilio), ha de determinarse la competencia conforme al párrafo 3.º del art. 64, domicilio de su tutor, sin que el que éste tenga casas abiertas en diferentes poblaciones por razón de sus negocios, no adquiriendo vecindad, pueda modificar este criterio.* [S. de 24 de mayo de 1960.]

3. ACTOS PROPIOS: CLÁUSULA PENAL EN UN PACTO DE SINDICACIÓN DE ACCIONES: *No va contra sus propios actos quien paga la pena convencional estipulada a uno de los contratantes y se niega a pagarla a otro, cuando las obligaciones, aún establecidas en el mismo contrato, son diversus e independientes.* [S. de 27 de septiembre de 1961; no ha lugar.]

Don Benito, socio mayoritario de "Azucarera, S. P." vendió parte de sus acciones a don José, a don Julián y a don Agustín, suscribiendo todos ellos un documento privado, en el cual figuraba la siguiente cláusula, designada como cláusula C): "Don Benito promoverá ante el Consejo de Administración de la Azucarera y apoyará con todas sus acciones, tanto en el Consejo como en las Juntas de Accionistas, la designación como Consejeros, de don José y don Agustín. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, por estimarse incompatible el puesto de Consejero de don Agustín con las actividades de mediador entre cultivadores e industriales para la obtención del régimen de reserva, propondrá y apoyará el nombramiento como miembro del Consejo de Administración de la Azucarera, inmediatamente después de la firma del contrato a don José y a don Julián

En la primera Junta general ordinaria que se celebre después de cumplirse un año de haber cesado don Agustín en las actividades de intermedio referidas, será el mencionado señor designado Consejero de la Azucarera. Caso de que por disposición ministerial desaparezca el régimen de reserva actualmente en vigor, entrará don Agustín a formar parte del Consejo de la Azucarera en la Junta general ordinaria inmediata a la fecha de la disposición. En cualquiera de los casos mencionados, don Julián presentará la dimisión de su cargo en la Junta en que correspondiese el ingreso a don Agustín, aun cuando no le correspondiera cesar estatutariamente. Don Benito se obliga asimismo a apoyar con todos sus votos la confirmación de los nombramientos y la reelección de Consejeros, cesando esta obligación a partir de la Junta general ordinaria que haya de aprobar el ejercicio de 1954-1955. Por su parte don José, don Julián y don Agustín se comprometen a apoyar con sus votos la reelección como Consejero y la designación como Presidente de don Benito, así como la inclusión y permanencia en dicho Consejo de cualquier hijo de don Benito que forme parte e ingrese en él».

En la cláusula siguiente, cláusula D), se establecían unas indemnizaciones para el supuesto de que se incumpliera lo convenido.

Don José y don Julián fueron designados consejeros, pero permanecieron en sus cargos sólo unos meses, siendo después eliminados. Como consecuencia de esta eliminación les fueron pagadas las indemnizaciones previstas en la cláusula D), don Agustín no llegó a ser nombrado y presentó, contra los herederos de don Benito, demanda reclamando el pago de la pena convencional.

La demanda fue desestimada en ambas instancias y don Agustín interpuso recurso de casación alegando como infringida la doctrina de los actos propios. Las mismas personas —decía el recurrente— que ahora discuten y se oponen al cumplimiento de la cláusula penal, abonaron a don José y a don Julián las cantidades que en la misma estipulación se señalaron, reconociendo así que su padre y causante había incumplido la obligación establecida en el contrato y venía obligado a indemnizar la cantidad convenida.

El T. S. declara no haber lugar al recurso.

4. COSAS NO SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO: LEY DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN: *Un acta de aprehensión de la Ley de Contrabando y Defraudación de 14 de enero de 1929, sitúa fuera del comercio de los hombres a los efectos aprehendidos, lo que impide su transmisión.*

MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO: SUBASTA JUDICIAL: TRADICIÓN: *Aunque el acta de la subasta y el consiguiente Auto judicial de aprobación del remate constituye normalmente un medio de adquirir la propiedad, no excusa la necesidad de la tradición para la adquisición efectiva del dominio.*

TRADICIÓN INSTRUMENTAL: ARTÍCULO 1.462 DEL CÓDIGO CIVIL: AUTO DE APROBACIÓN DEL REMATE EN SUBASTA JUDICIAL: *Aun cuando el Auto de apro-*

*bación del remate tenga tanta o mayor fuerza que la escritura pública, no está específicamente reseñado como tal en el precepto referido.* [S. de 11 de octubre de 1961; no ha lugar.]

5. DIVERGENCIA ENTRE LA VOLUNTAD DECLARADA Y LA VOLUNTAD REAL: COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA: *No incide en las infracciones denunciadas en el recurso la Sentencia que declara que existió un único negocio de venta, en lugar del precontrato declarado por las partes.* [S. de 17 de enero de 1962; no ha lugar.]

En la escritura básica de la demanda, el demandante don Manuel y el demandado don Sebastián aparecían celebrando dos negocios respecto de la misma finca: uno de compraventa respecto de una participación indivisa con precio al contado y otro de promesa recíproca de compraventa de la otra participación indivisa, con precio aplazado, condicionado a que el vendedor inscribiera a su nombre dicha porción en el plazo de diez años; si no lo hacía así, la promesa de venta quedaría ineficaz.

Pasados los diez años don Manuel formuló la demanda para que se declarase inválido el contrato de promesa o, en su caso, ineficaz por no haberse producido la condición de que dependía, se le restituyera la porción indivisa objeto de la promesa y, una vez hecho, se procediera a la división de la cosa común.

El demandado alegaba que no había existido tal dualidad de negocios, sino uno sólo de compraventa de toda la finca, realmente celebrado con don Salvador, aunque figurado con don Manuel por ser este el titular registral. Como los títulos de dominio no estaban en regla, respecto a una parte de la finca, se había decidido que el comprador retuviera una parte del precio hasta que dicha titulación fuera arreglada. La fórmula del doble contrato —de venta y de promesa— la habían ideado el Notario sin tener para nada en cuenta la verdadera voluntad de las partes y sin duda equivocadamente.

En la instancia se acogió la tesis del demandado. El T. S. declara no haber lugar al recurso.

6. NULIDAD: FALTA DE ACCIÓN: *Si la sentencia ha denegado la declaración de propiedad de los bienes a favor de la demandante que se contenía en la demanda como petición principal, a la que estaba subordinada la de la claración de nulidad de los contratos de compraventa de los mismos bienes otorgados por los demandados, es evidente que tales contratos no le afectan ni principal ni subsidiariamente y por ello en recta aplicación del artículo 1.302 del C. c., dada su falta de interés, no puede logar una declaración para cuya petición no está legitimada.* [S. de 15 de marzo de 1961; no ha lugar.]

7. OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS: EFECTOS DE LOS CONTRATOS: CONFESIÓN: *Salvo el supuesto de ser prestada bajo juramento decisorio,*

la confesión ha de ser conjugada con los otros elementos probatorios y es de la libre y prudente apreciación del Tribunal de instancia.

**PRUEBA DE PRESUNCIONES: CASACIÓN:** *En casación únicamente es lícito examinar: primero, si está fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción; y segundo, si es lógica la deducción que por el juzgador se obtiene.*

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CONDENA A LAS COSTAS DE OTRO PROCEDIMIENTO:** *Está justificado el pronunciamiento que, además de imponer las costas a los demandados en un juicio declarativo, les condena en concepto de indemnización de daños y perjuicios a reintegrar al demandante las costas que éste hubo de satisfacer en el procedimiento sumario que, para reivindicar la misma finca, instó el amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y que dichos demandados consiguieron paralizar dolosamente a través de una serie de sucesivas transmisiones verificadas de mala fe con variación de linderos y de extensión superficial, mediante las cuales lograron que la finca tuviera acceso al Registro. [S. de 12 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

8. **COSA JUZGADA: CONCEPTO:** *La excepción de cosa juzgada que consagra y regula el artículo 1.252 del C. c., es en su propio sentido, la eficacia y autoridad que la Ley reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión hecha valer en la demanda o en la reconvencción.*

**COSA JUZGADA MATERIAL: IDENTIDAD DE LA ACCIÓN: DENOMINACIÓN DISTINTA DE LA ACCIÓN EJERCITADA:** *Obsta la cosa juzgada cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos o títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y la condición de las personas con relación a esos títulos, sin que la distinta denominación que se dé a la acción ejercitada pueda desnaturalizar la identidad de causa de pedir y la calidad con que lo sea. Así ocurre cuando se ejercita una acción que se califica de deslinde con la misma pretensión que se dedujo en el primer pleito reivindicatorio de las mismas hectáreas, siendo evidente que una y otra acción son de igual naturaleza y envuelven la misma pretensión deducida en los dos pleitos, tratando de eludir la excepción de cosa juzgada mediante el uso de una denominación distinta, porque de no estimarse dicha excepción, la contradicción con lo que ya se resolvió sería tan manifiesta que no podrían coexistir ambos fallos. [S. de 2 de noviembre de 1960; ha lugar.]*

9. **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECONOCIMIENTO EN CONTRATO:** *Convenido entre los partícipes de las aguas, en el documento que calificaron de «concordia», que dejarían de regarse los huertos cuyas roturaciones fueran inferiores al transcurso de veinte años y un día, cuando la Sala de instancia reconoció el derecho de los demandados a seguir regando por ser sus roturaciones superiores al indicado plazo, no hacía sino dar eficacia al contrato o «concordia» referido, sin que con ello admitiera una*

*prescripción adquisitiva que no tenía por qué aplicar dado que el derecho de los demandados y recurridos no arranca de este medio adquisitivo, sino del contrato. [S. de 25 de octubre de 1960; no ha lugar.]*

10. PRESCRIPCIÓN: CADUCIDAD PACTADA: INTERRUPCIÓN: *Si el recurrente se obligó con el comprador por el término de un año a responder de todas las consecuencias económicas que para el segundo pudieran derivarse de las obligaciones que incumbían a la vendedora, la reclamación por razón de intereses de una hipoteca existente y que ha abonado el comprador no correspondiéndole, supone el ejercicio de una acción personal derivada del contrato de fianza y no puede calificarse como de caducidad el citado plazo, sino de prescripción, por lo que conforme al artículo 1.973 del C. c., cabe la reclamación extrajudicial (en este caso requerimiento notarial) como medio de interrupción. [S. de 27 de enero de 1961; no ha lugar.]*

## II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: SUS REQUISITOS: *Una constante jurisprudencia exige para que la acción reivindicatoria prospere: título dominical en quien insta, identidad de la cosa y detentación de ella por los demandados. [S. de 20 de abril de 1962; no ha lugar.]*

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: CARGA DE LA PRUEBA: *Quien ejercita la acción reivindicatoria tiene la carga de acreditar el dominio y la identificación de la cosa, sobre cuyos hechos corresponde a los Tribunales de instancia decidir si están o no debidamente comprobados por quien acciona, que es a quien incumbe la prueba.*

PRUEBA DOCUMENTAL PÚBLICA: VALOR: *La exactitud de las manifestaciones de las partes en las escrituras públicas, carece de fe pública en cuanto a su veracidad, por lo que aquellas pueden ser combatidas y desvirtuadas por otros medios probatorios. [S. de 27 de mayo de 1962; no ha lugar.]*

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: CONCEPTO: POSESIÓN REAL Y POSESIÓN JURÍDICA: LEGITIMACIÓN PASIVA: COMUNIDAD: *Su ejercicio ha de tener lugar interpellando tanto a quien lleva la posesión real como a quien ostenta la posesión jurídica. Y cuando el terreno que se reivindica pertenece a varios conductos pro indiviso, la acción debe dirigirse contra todos ellos, sin que baste entablarla con quien, entre los mismos, resulte detentador único, pues de otra manera se infringiría el principio general de Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. [S. de 9 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

4. TERCERÍA DE DOMINIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: TRANSFORMACIÓN DE EMPRESA INDIVIDUAL EN COLECTIVA: *Siendo evidente que la sociedad demandante es continuadora y sucesora de la personalidad jurídico mercantil individual del ejecutado, carece de legitimación activa para promover la tercería.*

CASACIÓN: CONCEPTO DE LO AUTÉNTICO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Auténtico es lo que se acredita de cierto por sí, demostrando inequívocamente un hecho, sin acudir a deducciones o interpretaciones más o menos lógicas; y los documentos considerados como auténticos en la casación han de demostrar inequívocamente por su contenido lo que por su medio trata de justificarse, de modo que sea obligatorio para este Tribunal, y permitan establecer afirmaciones absolutamente contrarias a las del Tribunal de instancia. [S. de 26 de octubre de 1961; ha lugar.]*

5. MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO: SUBASTA JUDICIAL: TRADICIÓN: Véase Sentencia de 11 de octubre de 1961. (I, 4.)

6. TRADICIÓN INSTRUMENTAL: ARTÍCULO 1.462 DEL CÓDIGO CIVIL: AUTO DE APROBACIÓN DEL REMATE EN SUBASTA JUDICIAL: Véase Sentencia de 11 de octubre de 1961. (I, 4.)

7. ACCESIÓN: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 359 DEL CÓDIGO CIVIL: *El texto del precitado artículo no debe estimarse como limitativo de lo que en él se menciona, sino extensivo como en el caso de autos sucede, a las construcciones industriales o maquinaria levantadas o instaladas en el fundo, que ceden en favor del propietario. [S. de 12 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

8. ACCESIÓN CONTINUA: EDIFICACIÓN EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS: ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL: *En caso de buena fe declarada, la edificación en terreno ajeno no provoca sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción previa determinada en el artículo 361.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: EDIFICACIÓN EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS Y BUENA FE: *En tanto no se produzca la opción previa determinada en el artículo 361, no compete la acción reivindicatoria ni al que realizó la edificación (respecto al edificio), ni al dueño del suelo (respecto al terreno en que aquél edificó). [S. de 2 de diciembre de 1960; no ha lugar.]*

CONCORDANCIAS: La doctrina sobre legitimación activa para el ejercicio de la acción reivindicatoria, concuerda con las Sentencias de 2 de enero de 21 de mayo de 1928 y 23 de marzo de 1943.

9. USUCAPIÓN DE AGUAS: EFECTO QUE PRODUCE: *El instituto de la prescripción, por el uso constante e ininterrumpido de un aprovechamiento, transforma en realidad jurídica lo que sólo era una situación de hecho.*



**USUCAPIÓN DE AGUAS: USO OTORGADO POR LA CONCESIÓN:** *Siendo legítimo, conforme al artículo 409 del Código civil y el 147 de la Ley de Aguas, el goce y disfrute adquirido por medio de la prescripción, tiene que servir para regular, modificándolo, el uso anteriormente otorgado por la concesión. Y esta posesión real del aprovechamiento del agua ostenta carácter preferente al venir a rectificar una posesión de hecho anterior.* [S. de 5 de mayo de 1961; no ha lugar.]

**10. USUCAPIÓN DE AGUAS: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL DERECHO AL RIEGO: PRUEBA:** *Es contundente la argumentación del fallo recurrido sobre el tema de riego de las fincas durante más de veinte años, con publicidad notoria por nadie impugnada, al afirmar la existencia de la prescripción sobre la existencia de una armónica y ponderada aplicación del siguiente conjunto de extensas probanzas: la información posesoria del año 1920, la inclusión de las fincas en los padrones de riego, el pago de los recibos de limpieza y monda (pago útil tan sólo para el que riega), la prueba pericial agronómica que afirma la realidad del riego por más de veinte años a la vista de la altura y estado de los naranjos, la prueba de reconocimiento judicial que por el desarrollo del arbolado confirma la utilización del riego durante más de treinta años, y la propia confesión del actor que afirma haber ofrecido seriamente por una de las parcelas en que el riego se discute, la elevada suma de 150.000 pesetas.* [S. de 6 de mayo de 1961; no ha lugar.]

**11. USUCAPIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA:** *Aplica con acierto los preceptos legales la Sala de instancia cuando, con relación al aprovechamiento de leña debatido que duró unos quince años o alguno más, deniega usucapación ordinaria de menos de treinta años por no concurrir título, y la extraordinaria porque la posesión no ha llegado a superar el plazo de treinta años preciso para que la usucapación nazca sin necesidad de título.* [S. de 2 de octubre de 1960; no ha lugar.]

**12. MARCAS: PRIORIDAD:** *Encontrándose en plena tramitación el expediente de concesión de la marca «Autogas», cuando se constituyó la Sociedad Anónima demandante, «Auto Gas», el solicitante hoy demandado goza de prioridad respecto de dicha marca.* [S. 26 diciembre 1961; no ha lugar.]

El demandado había pedido en 5 de octubre de 1950 el registro de la marca y, tramitado el expediente, éste había quedado en suspenso el 6 de noviembre de 1951, al parecer por existir defectos en la documentación, que debían ser subsanados. El 11 de mayo de 1951 el demandado y otras personas fundaron una sociedad anónima con el mismo nombre que la marca solicitada. El 28 de abril de 1952 el demandado volvió a instar el expediente y obtuvo a su favor la marca. La sociedad pedía la nulidad del registro al amparo del artículo 124 del Estatuto que no admite como marcas las razones sociales que no pertenezcan al mismo solicitante. La demanda es

desestimada reconociendo el derecho de prioridad del demandado que se cuenta desde la fecha de la solicitud.

13. **MARCAS DE FÁBRICA: NULIDAD POR SIMILITUD CON OTRA ANTERIOR: JURISDICCIÓN COMPETENTE:** *Deben distinguirse dos momentos diferentes y bien delimitados en el tratamiento de las marcas: uno, consecuencia del expediente que origina toda solicitud de ingreso, que termina con un acto administrativo—de concesión o de denegación— que puede ser combatido únicamente en vía contencioso-administrativa, y otro, en el que, ya finada la actuación de la Administración y obtenida la inscripción de la marca en el Registro, se precisa atacarla por su similitud con otra anterior, lo que debe hacerse en juicio contradictorio ante la jurisdicción ordinaria.*

**MARCAS: NULIDAD POR SIMILITUD:** *Existe similitud entre las marcas "Pernaemón" y "Panemón". [S. 8 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

14. **PATENTES: MEMORIAS DESCRIPTIVAS:** *Son documentos unilaterales que confeccionan por sí solas las partes, por lo que no demuestran que sean ciertas las aseveraciones que en ellos se hacen, ni el Tribunal tiene que vincularse forzosamente a ellas. No son documentos auténticos a efectos de casación. [S. 14 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

15. **PATENTES DE INVENCION: ACCIÓN DE NULIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: CARÁCTER DE PERJUDICADO:** *El Estatuto de la Propiedad Industrial no establece una acción de nulidad pública y ejercitable por cualquier persona, sino que legitima sólo "a quien se estime perjudicado", es decir, a quien alegue y justifique un perjuicio que le ocasione la patente impugnada.*

**DERECHOS SUBJETIVOS: NATURALEZA DE LA ACCIÓN PROCESAL:** *Es principio de derecho español que la acción en sentido procesal constituye la protección de un derecho subjetivo o de un interés legal, pues sin esta realidad no se concibe que cualquiera y en cualquier forma se inmiscuya en intereses o derechos privados ajenos, perturbando con reclamaciones judiciales las relaciones jurídicas que no le afectan. [S. 18 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

16. **INVENCIONES INDUSTRIALES: PATENTES DE INTRODUCCIÓN: NULIDAD DE LA PATENTE POR FALTA DE NOVEDAD:** *Es nula la patente cuando resulta probado que no sólo las ideas, sino el procedimiento relacionado con el medio de fabricación a que en ella se hacía referencia, estaban ya anticipados en la memoria de la patente de que son concesionarios los actores.*

**MODELOS DE UTILIDAD: NULIDAD DE LOS MISMOS POR FALTA DE NOVEDAD: EXISTENCIA EN EL MERCADO: IRRELEVANCIA DE CARACTERÍSTICAS ACCIDENTALES:** *Declarada la existencia en el mercado, con anterioridad a la fecha de iniciación del expediente de registro, de objetos de características*

iguales a las del modelo impugnado, procede decretar la nulidad de éste, sin que sean de tener en cuenta las características de mayor asepsia, duración y economía, por ser circunstancias puramente accidentales. [S. 30 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

17. INVENCIÓNES INDUSTRIALES: NULIDAD DE PATENTE: PATENTE CONJUNTA SOBRE OBJETOS DIVERSOS: *Es nula la patente que recae sobre objetos diversos y, más concretamente, si se comprenden en una sola patente una maquinaria y un procedimiento.*

NULIDAD DE PATENTE: FALTA DE NOVEDAD: IDENTIDAD CON UNA PATENTE CADUCADA: *Es nula la patente concedida para un objeto idéntico al que lo había sido ya de una patente caducada.* [S. 18 de enero de 1962; no ha lugar.]

18. INVENCIÓNES INDUSTRIALES: EJERCICIO CONJUNTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA PATENTE DEL DEMANDADO Y DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR VULNERACIÓN DE LA PATENTE DEL ACTOR: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO: *Cabe el ejercicio conjunto referido, siendo competentes para conocer de él los tribunales ordinarios a través del procedimiento especial establecido en el Estatuto de la Propiedad Industrial.* [S. 22 de junio de 1961; no ha lugar.]

19. SERVIDUMBRE: CONTENIDO: *No puede compaginarse con el concepto y contenido de una servidumbre, el aprovechamiento de la cosa que absorbe la casi totalidad de su fruto o provecho.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: POSESIÓN INSCRITA: *La prescripción adquisitiva pretendida en favor de la demandada y recurrente, carece de soporte de hecho cuando la Sala consigna de manera terminante que la posesión la tuvieron los actores, en contra de la inscripción.*

RECLAMACIONES CIVILES CONTRA CORPORACIONES MUNICIPALES: RECLAMACIÓN PREVIA: ARTÍCULO 376 DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN LOCAL: *La infracción del artículo 376 de la Ley de Administración Local (que exige como previa a la reclamación civil que pueda dirigirse contra las corporaciones municipales, la reclamación fundada ante las mismas) no está sancionada por la ley con nulidad; sin que tampoco, por su carácter prohibitivo, pueda ser objeto de interpretación extensiva la norma del número séptimo del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil; porque los Ayuntamientos ni como personas jurídicas ni como ente público se confunden con la Hacienda Pública a que se refiere el precepto.* [S. 23 de marzo de 1961; no ha lugar.]

20. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES: REDENCIÓN: *Una servidumbre de leñas en forma específica y de cisco (que no es pública o administrativa, sino particular sobre bienes de propiedad privada), cae*

*exactamente en el concepto del artículo 604, que declara aplicable la redención de la servidumbre de pastos determinada en el artículo 603, a las establecidas para "el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular".*

REDECIÓN DE SERVIDUMBRE DE LEÑAS: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Tratándose de una servidumbre personal constituída a favor de los vecinos de una determinado Ayuntamiento y dirigida la demanda en que se solicita la redención contra el indicado Ayuntamiento en representación de aquéllos, no puede decirse que los mismos están fuera del proceso, sino presentes en el mismo por asumir el Ayuntamiento sus derechos.*

EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: ARTÍCULO 376 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL: *La reclamación presentada al Ayuntamiento con intervención notarial, sustancialmente conforme con la demanda judicial formulada, al ser desestimada por silencio administrativo, dejó expedita la vía jurisdiccional de los Tribunales civiles.*

EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: ARTÍCULO 376 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL: INAPLICABILIDAD: *No es aplicable el mencionado precepto cuando, como en el caso presente, el Ayuntamiento es demandado por los derechos que corresponden a sus vecinos, defendiendo intereses de éstos y no propios de la entidad municipal.*

EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: ARTÍCULO 376 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL: EFECTOS DE SU INOBSERVANCIA: *Sin la observancia de dicho precepto no se pueden ejercitar acciones civiles; pero eso no autoriza a afirmar que sea causa de nulidad de todo lo actuado, consecuencia que ningún precepto de la Ley establece; y debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia asimila en cierta manera tal reclamación previa al acto conciliatorio (cuya falta sólo provoca la suspensión del procedimiento para que la misma se subsane, reconociéndose expresamente la validez de todo lo actuado), y que el artículo 343 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 dispone que dicha reclamación previa "podrá interponerse en cualquier tiempo". Por lo que hay que concluir que su falta no vicia radicalmente la relación jurídica procesal.*

EXCEPCIONES DILATORIAS: ARTÍCULO 533, NÚMERO 4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: FALTA DE PERSONALIDAD Y FALTA DE ACCIÓN: *La falta de acción o derecho no encaja en el número cuarto del artículo 533, que se refiere a la falta de personalidad, concepto que viene discriminando constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que excluye la*

*falta de acción y derecho, cuestión de fondo y no dilatoria.* [S. 12 de mayo de 1961; no ha lugar.]

21. EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO Y DERECHOS REALES INSCRITOS: ARTÍCULO 38, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY HIPOTECARIA: *No es de aplicación el indicado precepto cuando no existe propiamente una contradicción de inscripciones, sino una indeterminación o imprecisión con respecto a si el terreno discutido se encuentra comprendido dentro de los linderos de una u otra finca, de modo que cualquiera que fuere la conclusión a que llegare la sentencia con respecto al particular, no implica rectificación alguna de la inscripción en los términos en que éstas se hallan concebidas.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: CERTIFICACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Las certificaciones del Registro de la Propiedad, no obstante su carácter de documento público, sólo hacen fe con autenticidad juridicoprocesal con referencia al hecho de la inscripción, pero no con respecto al contenido de las manifestaciones que se hayan hecho en los documentos que las causen que, cuando son objeto de discusión o contradicción, han de ser valoradas en relación con los demás elementos de prueba.* [S. 26 de octubre de 1961; no ha lugar.]

### III. Derecho de obligaciones

1. OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL: RESOLUCIÓN JUDICIAL: *La facultad de resolver las obligaciones recíprocas puede hacerse extrajudicialmente por el perjudicado cuando el otro obligado no cumpliere lo que le incumbe, siempre y cuando este último, reconociendo su infracción, acepte la resolución; pero si no media tal conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial puede decretarse la resolución de la obligación y determinarse las respectivas responsabilidades de los contratantes.*

SENTENCIA: REQUISITOS INTERNOS: CONGRUENCIA: *La sentencia que condena al demandado al pago de intereses de la cantidad principal reclamada, cuando tal condena de intereses no se solicitaba en la demanda y sin que la sentencia declare la mora del deudor, es evidente que otorga más de lo pedido, por lo que debe prosperar el recurso amparado en el número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil.* [S. 9 de mayo de 1961; ha lugar.]

2. CLÁUSULA PENAL: EFICACIA. Véase S. 27 de septiembre de 1961 (I, 3).

3. RESPONSABILIDAD CIVIL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: FIJACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN SENTENCIA PENAL: *Las sentencias pena-*

*les que fijan el importe de la indemnización son vinculantes en el orden civil para los interesados que no hubiesen hecho reserva expresa de las acciones dimanantes del hecho punible.* [S. 14 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

El conductor de un trolebús, imprudentemente, produjo una colisión de su vehículo con un camión y con otro trolebús; como consecuencia del choque resultó lesionado uno de los viajeros.

Seguido un procedimiento criminal, resultó condenado el conductor, entre otras cosas, a indemnizar al viajero en la suma de treinta mil pesetas. Declarado insolvente, se condenó, como responsable subsidiario, a la Compañía de Tranvías.

El viajero, por su parte, había considerado la lesión como accidente de trabajo. En el pleito laboral, que llegó hasta la casación, resultaron condenados el patrono del viajero y su asegurador a pagarle más de cien mil pesetas.

El pleito civil se plantea entre la Compañía aseguradora—que reclama todo lo que ha pagado como consecuencia de la sentencia laboral—y la Compañía de Tranvías—que opone que su única responsabilidad se cifraba en las treinta mil pesetas fijadas en la sentencia penal, que tenía ya pagadas, mediante consignación de su importe en el Juzgado.

La demanda del asegurador es desestimada. El T. S. declara no haber lugar al recurso. Dice así el T. S.:

1.º Es doctrina constante de esta Sala declarando que las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de la jurisdicción criminal de carácter condenatorio, no sólo vinculan a las de orden civil en cuanto a los hechos que se declaran probados, sino que tienen el concepto de definitivas, respecto de los problemas que resuelven, sobre las que no se puede volver; y, en su consecuencia, quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas del delito o de la falta, si así se declara, por lo que la ley autoriza a los perjudicados para justificar la entidad de los perjuicios sufridos dentro del procedimiento criminal si así lo desean o para reservarse la acción civil dimanante del hecho punible, para ejercitarla en el oportuno proceso independiente del criminal, evitando que en éste se haga pronunciamiento sobre la materia; y como quiera que en el caso que se ventila la Compañía aseguradora que recurre no se mostró parte en la causa criminal, ni se reservó el ejercicio de la acción civil, estando autorizada para ello por la Orden de veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y seis y el Decreto de veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y seis; es evidente hizo dejación de su derecho, con renuncia tácita al mismo, y se encuentra vinculada a la resolución de la jurisdicción penal en cuanto señaló la cuantía de la responsabilidad civil dimanante del delito, de cuyo importe podrá resarcirse, hasta donde alcance, de las indemnizaciones que tuvo que pagar, pero sin que le sea posible repercutir el exceso contra la sociedad demandada, que vió resuelta por aquella sentencia el alcance de sus obligaciones como responsable civil subsidiario declarado por la

sentencia y cuya cuantía tiene satisfecha al directamente perjudicado.

2.º Sentada la anterior doctrina, decaen los cuatro motivos del recurso, aparte de la incorrección procesal de acumular en el primero y en el último los conceptos de inaplicación e interpretación errónea, a todas luces incompatibles, todos ellos amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; ya que en cuanto a las infracciones denunciadas respecto de los artículos mil ochenta y nueve, mil novecientos dos y mil novecientos tres del Código civil, disposiciones citadas en el considerando anterior y principios de derecho alegados en el cuarto motivo, pues si bien no hay disposición que le obligue a personarse en la causa criminal, al estar legitimado para hacerlo y no verificarlo, estuvo tácitamente conforme con la valoración que hizo el Ministerio público y la sentencia, que resolvió la que alcanzaba a "Tranvías de B., S. A.", como consecuencia del delito, en concepto de responsable civil subsidiario del mismo; y lo mismo respecto a la interpretación errónea de los artículos mil doscientos tres, mil doscientos cinco, mil doscientos cuatro y mil noventa y uno del mismo Código en cuanto la sustitución de responsabilidad derivada de la póliza de seguro, sólo afecta a la relación entre asegurador y asegurado, sin que guarde relación con la sociedad demandada, que sólo está obligada a responder de las responsabilidades que se le impusieron en la causa criminal, donde pudo y debió demostrarse el alcance de los daños y su cuantía y, si éstos no estaban determinados, reservarse la acción civil para exigirla en el presente procedimiento.

OBSERVACIONES.—La sentencia anotada presenta un caso de gran interés en materia de responsabilidad civil, donde han entrado en colisión, respecto del hecho causante de la responsabilidad, la jurisdicción penal, la laboral y la civil.

La sentencia anotada plantea y resuelve sólo el problema de las relaciones entre el orden civil y el penal y deja intacto el de las relaciones entre el orden penal y el laboral y entre éste y el civil, así como las posibles repercusiones de las declaraciones contenidas en las sentencias de los tribunales de trabajo.

Respecto del primer punto, la doctrina es clara: fijada una indemnización de daños y perjuicios por la jurisdicción criminal, no cabe exigir en vía civil una indemnización superior. La declaración de la sentencia penal es definitiva e inmodificable. El interesado ha tenido en su mano los medios necesarios para defenderse. Si no lo ha hecho, "sibi imputet". Solamente cuando de una manera expresa se haya reservado la acción podrá proponerla en el orden civil. La emisión de esta reserva se considera como renuncia tácita. Y, sobre todo, al responsable, que ha visto definitivamente juzgado el conflicto, no puede replantearse el asunto.

La tesis parece correcta, más aún si se tiene en cuenta que la responsabilidad que se demandaba no derivaba directamente del hecho dañoso, sino que era una responsabilidad patronal, emanada del contrato

de trabajo, y, como tal, diversa en puridad de la neta responsabilidad civil (L. D. P.).

4. RESPONSABILIDAD CIVIL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: CÓMPUTO DEL PLAZO CUANDO SE HA SEGUIDO PROCEDIMIENTO PENAL: *El plazo de prescripción, cuando se ha seguido procedimiento penal, sólo comienza a contarse a partir de la terminación de dicho procedimiento.*

RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO: DAÑOS CAUSADOS POR EL EMPLEADO DE UN GARAJE: *El dueño del garaje, como depositario, es responsable civilmente de los daños y perjuicios causados por sus empleados.* [S. 15 de diciembre de 1961; no ha lugar.]

El empleado de un garaje tomó indebidamente uno de los vehículos custodiados en él. En el viaje atropelló a una joven, causándole lesiones, y destrozó el automóvil. Seguido procedimiento penal fué condenado; pero, a la vista de su insolvencia, tanto el propietario del vehículo como la joven lesionada iniciaron pleitos civiles—que luego se acumularon—reclamando indemnizaciones de daños y perjuicios al dueño del garaje. Las demandas fueron estimadas y el T. S. declara no haber lugar al recurso.

5. NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES: ESTIPULACIONES CONTRADICTORIAS E INCOMPATIBLES: *Existe novación extintiva cuando las estipulaciones contenidas en el documento privado, otorgado por el actor con uno de los demandados, fueron sustituidas por las contradictorias e incompatibles con aquellas contenidas en un documento público otorgado con ambos demandados.* [S. 24 de enero de 1961; no ha lugar.]

6. NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES: NOVACIÓN SUBJETIVA. Véase S. 30 de noviembre de 1961 (IV, 1).

7. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO: *Aunque por parte del contratante que solicita la resolución del contrato al amparo del artículo 1.124 del C. c. haya existido también incumplimiento, ello no es obstáculo para decretar la resolución si tal incumplimiento lo es de una obligación de orden secundario, ya que dicho común incumplimiento para impedir la resolución, ha de producirse entre obligaciones recíprocas y de índole principal.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: RECURSO DE CASACIÓN: *La interpretación que se pretende ser equivocada de las declaraciones de voluntad, no puede ser objeto de casación por el núm. 7 del art. 1.692 de la L. E. C. sino por el núm. 1.* [S. de 30 de mayo de 1960; ha lugar.]

8. DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN: CLÁUSULA «MAYOR PRECIO QUE SE PAGUE EN LA COMARCA»: OSCURIDAD DE LA CLÁUSULA: *La cláusula en cuestión es válida y obligatoria, pero el Tribunal ha procedido rectamente a*



*considerarla como cláusula oscura y aplicar los arts. 1.288 y 1.289 del Código civil. [S. de 13 de abril de 1961; no ha lugar.]*

El demandante había vendido al demandado una partida de orujo graso, señalándose como precio la cantidad de 8.000 pesetas el vagón de 10 toneladas, como mínimo y, en su caso, el mayor precio que se pagara en la comarca. El comprador había recibido la mercancía y había pagado el precio a razón de las 8.000 pesetas cada vagón de 10 toneladas. El vendedor después entendió que la mercancía había alcanzado en la comarca un precio superior —10.000 pesetas cada vagón— y reclamó la diferencia. El Juzgado estimó totalmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y concedió al actor la diferencia entre el precio percibido y un precio de 9.000 pesetas cada vagón de 10 toneladas. El T. S. declara no haber lugar al recurso.

Respecto a la validez de la cláusula no se suscita cuestión alguna. La cláusula parece enteramente válida con arreglo al art. 1.447 del C. c.

El problema se planteaba, sobre todo, en orden a su interpretación. La cuestión era ésta: si el precio debía ser el máximo alcanzado en la comarca o si debía tenerse en cuenta sólo un alza general de los precios en ella. El primer criterio fue el del demandante y el del Juzgado. El segundo es el que siguió la Audiencia. Ante la oscuridad de la cláusula, deben aplicarse los arts. 1.288 y 1.289 del C. c., y debe adoptarse esta segunda interpretación (L. D. P.).

9. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CARACTERÍSTICAS: *Los caracteres determinantes de un contrato administrativo son: que una de las partes sea la Administración y que el contrato tenga por objeto inmediato la realización de una obra o servicio público, siendo secundario el requisito de las formalidades administrativas.*

ARRENDAMIENTO DE TEATRO: CARÁCTER CIVIL: *Es un contrato civil de arrendamiento de cosa y no un contrato administrativo sobre explotación de un servicio público, el arriendo de un Teatro municipal con sus dependencias e instalaciones, por un precio cierto, sin que obste a ello el que en el contrato se diga que la renta se abonará por el disfrute y explotación del servicio municipalizado del teatro—si no se fijan normas sobre prestación del servicio ni tarifas—, ni el que en el mismo se reserven algunas fechas al Ayuntamiento para dedicar el teatro a festejos o fines culturales ni las previsiones sobre censura de espectáculos. [S de 3 de enero de 1962; no ha lugar.]*

10. COMPRAVENTA Y PROMESA DE COMPRAVENTA: Véase Sentencia de 17 de enero de 1962. (I, 5.)

14. SOCIEDAD CIVIL: REQUISITOS: FORMA: PRUEBA: *No puede desconocerse que el contrato de sociedad civil es esencialmente consensual, de tal modo que, aunque se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, sin el otorgamiento de escritura pública, que tal caso exige el artícu-*

lo 1.667 del C. c., ha de producir sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones de los socios entre sí. La falta de este requisito, puramente formal, no impide las acciones mutuas que les competen a los socios, incluso la de compelerse a cumplir aquella formalidad. Sin embargo, hay que partir, como base lógica, para el éxito de las acciones que entablen los socios, de la existencia del convenio de una manera evidente. [S. de 21 de mayo de 1960; no ha lugar.]

12. CONTRATO DE DEPÓSITO: RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO: Véase Sentencia de 16 de diciembre de 1961 (4).

13. RECONOCIMIENTO DE DEUDA: JUEGO PROHIBIDO: *Si la cantidad reclamada tiene su origen en una deuda de juego de las comprendidas en el artículo 1.798 C. c., es evidente la carencia de acción del actor, sin que quepa burlar la prohibición legal con el subterfugio de sustituir la obligación en el documento por el que el demandado reconoce la deuda como nacida de un préstamo, ya que, en todo caso, ésta tendría una causa o móvil ilícito, determinante de su nulidad, conforme al artículo 1.275.* [S. 3 de febrero de 1961; no ha lugar.]

Aduce la sentencia notada como fundamento de su criterio la doctrina subjetiva de la causa ya mantenida en sentencias, entre otras, de 24 de marzo y 29 de abril de 1950, conforme a las cuales "cuando el móvil y la causa se compenetran, como sucede en el caso presente, es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico, al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o in-moral, cualesquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, elevando el móvil a la categoría de causa en su sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio. (Considerando penúltimo.)

#### IV. Arrendamiento de cosas

1. ARRENDAMIENTO DE MAQUINARIA: NOVACIÓN SUBJETIVA: ACEPTACIÓN TÁCITA POR EL ARRENDADOR DEL CAMBIO DE ARRENDATARIO: *Cuando el primitivo arrendatario aporta la maquinaria arrendada a una sociedad por él constituida y el arrendador, conociendo este hecho, lo consiente tácitamente, no puede fundar en él una acción de resolución del contrato, porque se ha producido una novación subjetiva del mismo.* [S. 30 de noviembre de 1961; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: ARRIENDO DURANTE CAMPAÑA NARANJERA: *Pactado, en el contrato, que el arriendo tiene como duración la de una campaña naranjera y fijado el precio globalmente por dicho período, es adecuada la calificación de arriendo de temporada, sin que obste a ello el que, de acuerdo con lo pactado, el arriendo haya experimentado algunas prórrogas, y el que el arrendatario haya retenido las*

*llaves del local en el período entre sucesivas campañas y abonado un arbitrio municipal gravitante sobre el inmueble.* [S. 8 de febrero de 1962; no ha lugar.]

**3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DECRETO DE 1936: RETORNO: IMPOSIBILIDAD:** *Siendo objeto del arrendamiento un local de negocio instalado en el portal de la finca, al reconstruirse ésta, el derecho de los arrendatarios, conforme al artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, no puede extenderse más que a ocupar un local de condiciones análogas en el nuevo portal, sin alcanzar a otros locales de la misma finca, por lo que si después de derribada la finca se publicaron por el Ayuntamiento Ordenanzas municipales prohibiendo el establecimiento de cualquier clase de comercios o industrias en los portales, es vista la imposibilidad por el arrendador de realizar la prestación establecida en el citado artículo 8.º.*

**DERECHO TRANSITORIO:** *El principio general de retroactividad de la disposición transitoria 1.ª L. A. U., de 1947, no obsta a que los derechos y obligaciones nacidos bajo el imperio de la legislación precedente puedan y deban ser regulados por sus normas sustantivas, siquiera el ejercicio de las correspondientes acciones deba acomodarse a las disposiciones procesales de la nueva Ley.* [S. 21 de enero de 1958; ha lugar.]

**ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1946: ARRENDAMIENTO OTORGADO POR USUFRUCTUARIO:** *La condición resolutoria pactada en una partición verificada conforme al artículo 1.058 C. c., según la cual la enajenación o gravamen de su derecho por los nudos propietarios determinaría la consolidación en el usufructuario de la nuda propiedad, condición que no se ha cumplido, no inviste al usufructuario que arrendó de facultades dominicales que, extinguido el usufructo por su fallecimiento con la consiguiente consolidación, excluyan la aplicación del artículo 480 C. c. y determinen la del artículo 70 L. A. U., por lo que procede estimar la resolución del arrendamiento solicitado.* [S. 22 de octubre de 1958; no ha lugar.]

**4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: NECESIDAD ESPECÍFICA DE UNA DETERMINADA VIVIENDA:** *No es aplicable el orden de selección de vivienda fijada en la L. A. U., si sólo es apto para satisfacer la necesidad de vivienda planteada, un piso determinado -en el caso en concreto, el piso primero, único que por su posición es apto para morada del beneficiario de la denegación de prórroga, cuya enfermedad le impide subir un mayor número de escaleras-. [S. 26 de enero de 1962; no ha lugar.]*

**5. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OCUPACIÓN PROVISIONAL POR UN TERCERO DEL LOCAL ARRENDADO COMO CONSECUENCIA DE UNA CATÁSTROFE:** *No*

*es causa de resolución del contrato, ni puede equipararse a los supuestos de subarriendo y cesión. [S. 11 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

Como consecuencia de la riada que sufrió Valencia en 1957, el arrendatario de un local había permitido que uno de los siniestrados lo utilizara provisionalmente. El arrendador ejercitó, en vista de ello, la acción de resolución del contrato, que no prosperó.

Dice así el T. S.:

Aunque el artículo 114 L. A. U., en sus causas 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, considera como causas de resolución del contrato de arrendamiento el subarriendo y cesión del local arrendado, cuando se han llevado a efecto sin dar cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley, y aunque la constante doctrina de este Tribunal ha declarado que la introducción de un tercero en el local arrendado, sin título legítimo que justifique su ocupación, es bastante para presumir y tener por probada la existencia de aquellos actos jurídicos, ello es porque normalmente tal introducción implica la existencia entre el arrendatario y el tercer ocupante de un vínculo jurídico determinante de alguna de dichas formas contractuales, subarriendo o cesión, causas resolutorias del contrato, aunque el arrendador no esté en la obligación de precizarla, por no haber intervenido en la convención que las dió vida; pero cuando las circunstancias concurrentes en los hechos constitutivos de la ocupación son tales que rechazan la existencia de tal vínculo jurídico y sólo pueden ser atribuibles a las consecuencias producidas por una catástrofe que determinó los numerosos y variados auxilios que se prestaron a los damnificados por ella, la concesión otorgada por un arrendatario, para los fines señalados, no puede caracterizar ninguno de aquellos convenios determinantes de la existencia de las aludidas causas de resolución del contrato de arrendamiento.

6. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CONOCIMIENTO: *El conocimiento de los actos sancionables del arrendatario no supone el consentimiento, puesto que sin el previo conocimiento no se comprende cómo podría pedirse la sanción con el correspondiente ejercicio de la demanda, ni tiene trascendencia jurídica el retraso en el ejercicio de ésta, porque quien esté legitimado para ello es dueño de su acción mientras no pueda oponérsele la prescripción por el transcurso del tiempo necesario al efecto [S. 3 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

7. SUBARRIENDO NO AUTORIZADO: *Existe éste y no traspaso, cuando en el arrendamiento no se ha producido la sustitución o subrogación de la persona del arrendatario por un tercero.*

TRASPASO: FALTA DE CONSENTIMIENTO: *El mero conocimiento de una situación por el perjudicado no lleva consigo su aceptación, si no existe un acto que de manera concluyente e indubitable revele tal aceptación. [S. de 11 de marzo de 1961; ha lugar.]*

8. ARRENDAMIENTO URBANO: CONFIGURACIÓN: TABIQUE LIVIANO: *El arrendatario de un taller de carretería mecánica, en el cual la fragua es pieza esencialísima, no tiene el propósito de desconocer los derechos del propietario al reconstruir, aunque con un tabique en sí nuevo, la misma fragua que en el otro extremo del porche del patio se derrumbó por falta de reparaciones reclamadas sin éxito al arrendador. No varía la configuración de un local en el que se mantienen los mismos departamentos, con los mismos fines y destinados a los mismos servicios esenciales, aunque alguno se mude de lugar, construyendo un liviano tabique, sin arraigo en la parte superior, ni cimientos en la inferior, ni empotramiento de sus ladrillos en las paredes laterales, pues aunque tal mutación no sea trascendentales efectos de privar de un esencial instrumento de trabajo al arrendatario que no logró del arrendador la reparación oportuna, para evitar la ruina del elemento fragua sustituido.* [S. de 24 de enero de 1962; no ha lugar.]

9. OBRAS INCONSENTIDAS: *No es correcto calificar de obra lo construido en madera, pues normalmente la edificación, no se entiende por obra más que la realizada con material de origen mineral, así como tampoco una rozas y solivillos de cinco centímetros de profundidad y seis de longitud sobre viga de cemento, pues no alteran ni la figura ni la estructura del local.* [S. de 18 de marzo de 1961; no ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS ORDENADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE: *Han de estimarse contrarias a la ley, y constitutivas de causa de resolución, las obras de cambio de configuración realizadas por el arrendatario en cumplimiento de lo ordenado por la Inspección de Trabajo, si las obras se realizaron sin consentimiento del arrendador y sin cumplir el trámite de previo requerimiento al mismo, previsto en la LAU, para el supuesto de reparaciones ordenadas por la Autoridad competente.* [S. 2 de febrero de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Las obras realizadas consistieron en el levantamiento de tabiques para aislar un departamento destinado a retrete y lavabo, con el correspondiente desagüe y agrandar la ventana que daba a un patio en el departamento destinado a ducha; es evidente que tales obras nada tienen que ver con las de reparación a que se refiere el art. 110 de la LAU. Nótese, por otra parte, la diferencia de criterio que respecto al alcance del concepto reparaciones muestran esta sentencia y la de 3 de febrero de 1962. (Véase, seguidamente, nota a esta última sentencia.) J. P. R.

11. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS: RECONSTRUCCIÓN DE ELEMENTOS DESAPARECIDOS POR EXPROPIACIÓN PARCIAL: *Es causa de resolución, la realización, por el arrendatario, en la parte de finca no afectada por la expropiación efectuada por el Ayuntamiento, de obras de reconstitución de elementos de la finca que había desaparecido como consecuencia de la expropiación y que se rehicieron sin consentimiento del arrendador y con características diferentes a las preexistentes.*

**REPARACIONES:** *El concepto de reparaciones hay que limitarle a la corrección de los desperfectos que procedan del desgaste natural ocasionado por el transcurso del tiempo o caso fortuito o fuerza mayor, no pudiendo extenderse a la reconstitución de elementos desaparecidos, realizada con características diversas de los que tenían anteriormente.* [S. de 3 de febrero de 1962; ha lugar.]

**NOTA:** La A. T. había afirmado que la obra (consistente en la construcción de una cubierta de mampostería, un muro de piedra y un retrete provisional, al haber desaparecido por consecuencia de la expropiación tres cobertizos, la valla de madera limitativa de la finca y la dependencia destinada a servicios higiénicos) la había realizado el Ayuntamiento expropiante; el Tribunal Supremo, con base en una certificación del Municipio niega que éste las realizara y estimando que el arrendatario realizó las obras o, cuando menos, que estas se hicieron con su consentimiento y sin el del arrendador, decreta la resolución, en sentencia en la que se advierte una vez más el criterio del Tribunal Supremo propio a la resolución (aun en supuestos en que, como el de autos, la actitud del arrendatario se hallaba claramente justificada por la necesidad de remediar o paliar las consecuencias de la expropiación y, a la par un criterio restrictivo del concepto de reparaciones que contrasta con el amplísimo que se advierte en la de 2 de febrero del propio año (véase número 10), en la que una noción bien distinta del concepto de reparación sirve, también, aunque por aplicación distinta, para alcanzar el mismo resultado la resolución de un contrato de arrendamiento. Así pues se ve en los Tribunales de instancia una cierta tendencia hacia la estabilidad de la relación arrendaticia. (J. P. R.)

## V. Derecho de familia.

**1. FILIACIÓN LEGÍTIMA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNADORA:** *Enviuelven una petición de declaración de ilegitimidad las solicitudes que se contienen en la demanda sobre nulidad de una inscripción de nacimiento y prohibición al demandado de utilizar el apellido paterno, queriendo así soslayar lo dispuesto en los arts. 112 y 113 del C. c., sin que reviva la acción caducada por el hecho de oponer luego la pretendida ilegitimidad como excepción a la reconvencción formulada por el demandado en solicitud de que se le declarara hijo legítimo, condición de la que venía disfrutando.* [S. de 14 de abril de 1961; no ha lugar.]

No se refiere esta sentencia a la oposición que cabe contra la acción de reclamación de filiación legítima establecida en el art. 118 del C. c., ya que no era dicha acción la que ejercitaba el hijo en la reconvencción. Parece innecesario decir que dicha oposición no está sujeta a los límites de los arts. 112 y 113 del C. c., que se refieren a la acción de impugnación únicamente. (R. J.)

**2. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: PARTIDA DE BAPTISMO:** *No puede considerarse documento comprendido en el art. 137 núm. 2.º del Código civil, la certificación del acta de bautismo ya que el reconocimien-*

to ha de ser claro, patente y específico, de forma que evidencie por sí sólo, con certeza indiscutible el premeditado y firme propósito de manijestar su autor una voluntad en tal sentido.

**CADUCIDAD:** *Los plazos que establece el art. 137 del C. c., por referirse a los denominados derechos potestativos, son de caducidad, con la consecuencia de poder ser apreciados de oficio y por los Tribunales.* [S. de 23 de junio de 1961; no ha lugar.]

## VI. Derecho de sucesiones.

1. **COMUNIDAD HEREDITARIA: LITIS CONSORCIO NECESARIO:** *Aunque es aplicable a dicha comunidad la doctrina conforme a la cual puede un comunero accionar por sí sólo siempre que lo haga en beneficio de la comunidad, tratándose de demandar la nulidad de contratos celebrados por el causante, es necesario que sean parte en el proceso todos los herederos, ya que a través de todos subsiste la personalidad patrimonial del causante y más cuando existen intereses contrapuestos entre los mismos, respecto a la subsistencia o nulidad de tales contratos, que excluyen un indiscutible beneficio común.*

**APRECIACIÓN DE OFICIO:** *La no concurrencia en el proceso de todos los que debieron ser parte hace relación con la falta de los presupuestos indispensables para obtener la pretensión deducida y puede ser estimada de oficio sin incurrir en incongruencia.* [S. de 17 de junio de 1961; no ha lugar.]

2. **RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN: OPCIÓN DEL DEMANDADO: ARTÍCULO 1.077 DEL CÓDIGO CIVIL: CONDENA A RENDICIÓN DE CUENTAS:** *La rendición de cuentas a partir de la fecha del fallecimiento del testador, para distribución entre los herederos del saldo que arroje y en la proporción en que son instituidos en el testamento, es independiente y perfectamente conciliable con la opción que establece el art. 1.077 entre la nueva partición o la indemnización del daño.* [S. de 16 de junio de 1961; no ha lugar.]

3. **RESCISIÓN DE LAS PARTICIONES HEREDITARIAS:** *Siendo la existencia de la partición presupuesta indispensable para el ejercicio de la acción rescisoria, la diversidad de relaciones jurídicas que por obra de aquélla hayan podido producirse tanto entre los coherederos como con terceros interesados, no pueden obstaculizar el ejercicio de la referida acción.*

**RESCISIÓN DE LAS PARTICIONES: OPCIÓN DEL HEREDERO DEMANDADO: ARTÍCULO 1.077 DEL CÓDIGO CIVIL:** *Es evidente que el momento de la opción no puede ser el del recurso de casación, sólo otorgado para subsanar las infracciones legales cometidas en la sentencia de instancia frente a las peticiones deducidas por las partes.* [S. de 6 de abril de 1961; no ha lugar.]

4. **IMPUGNACIÓN DE OPERACIONES PARTICIONALES: FALTA DE REPRESENTACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES:** *En juicio declarativo pueden ser impugnadas solicitando su nulidad unas operaciones particionales aprobadas por el Juzgado en juicio de testamentaria, cuando unos herederos que eran menores únicamente fueron representados por el Ministerio fiscal, a quien no competía dicha representación, pues de conformidad con el artículo 165 del Código civil, y dada la contradicción de sus intereses con los de su madre, debió serles nombrado un defensor judicial que los representase en el juicio de testamentaria.*

*Si bien es cierto que, con carácter general, el incidente de nulidad de actuaciones únicamente puede promoverse y sustanciarse dentro del procedimiento que lo origine, también lo es que este principio rige tan sólo cuando el que se siente agraviado ha sido parte en el juicio por sí o debidamente representado. [S. 3 de noviembre de 1960; ha lugar.]*

## DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDADES ANÓNIMAS: PACTO DE SINDICACIÓN DE ACCIONES.** Véase S. 27 de septiembre de 1961 (I, 3).

2. **SOCIEDAD ANÓNIMA: DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO: PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN.** Véase S. 6 de julio de 1961 (D. pr. 1).

3. **CONTRATO DE SEGURO: ACCIÓN DE REEMBOLSO DEL ASEGURADOR CONTRA EL ASEGURADO: ACCIDENTES DE TRABAJO: DETERMINACIÓN DEL LUGAR DEL TRABAJO Y DE LAS SUCESIVAS VARIACIONES:** *Al exigir el artículo 383, 3.º, del Código de Comercio que en el contrato de seguro se haga la designación y situación de los objetos asegurados y las indicaciones necesarias para determinar la naturaleza de los riesgos, es claro que cuando se trata de cubrir los derivados de accidentes de trabajo de desmonte o extracción de tierras, no puede ser indiferente la determinación del lugar, pues la naturaleza y situación del terreno puede influir de una manera notoria en el mayor o menor riesgo existente en la ejecución o realización del trabajo y, por ello, ser determinante de la aceptación de la cobertura de aquél y demás condiciones del contrato. [S. 4 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

El demandado había concertado con la demandante una póliza de seguro que cubría el riesgo de accidentes de trabajo sufridos por sus operarios en los trabajos de desmonte de tierras en el lugar conocido por "Las Cuarenta Fanegas". En una de las cláusulas del contrato se establecía que el asegurado debía comunicar por escrito con la debida antelación la fecha de comienzo de todo nuevo trabajo que deseara amparar en el contrato, especificando sus características y emplazamientos exactos, de tal manera que sin este requisito no surtiría efecto el contrato de seguro.



El asegurado no cumplió esta disposición y, ocurrido un accidente cuando uno de los obreros trabajaba en el "Arroyo Abroñigal", los tribunales laborales condenaron conjuntamente al patrono y al asegurador al pago de la indemnización a los causahabientes de la víctima.

El asegurador formuló entonces su demanda para que el asegurado le reembolsara de todo lo que había pagado y esta demanda fué estimada en ambas instancias. El T. S. declara no haber lugar al recurso.

## DERECHO PROCESAL

1. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: ACOGIMIENTO DE UN DEFECTO DE PERSONALIDAD DEL DEMANDANTE NO OPUESTO COMO EXCEPCIÓN: *Incide en incongruencia la sentencia que desestima la demanda interpuesta por una sociedad, fundándose en un defecto de personalidad del actor que no había sido opuesto como excepción por el demandado.* [S. 6 de julio de 1961; ha lugar.]

La sociedad demandante pedía una indemnización por los daños y perjuicios que los demandados le habían causado como consecuencia de unas intrusiones mineras. Los demandados se opusieron al fondo de la demanda y solicitaron que se les absolviera de ella, pero el Juzgado la estimó.

La Audiencia, en cambio, revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda, fundándose en la falta de personalidad de la sociedad actora, por haber transcurrido el término de duración de la misma sin haberse prorrogado. Interpuesto recurso de casación, el T. S. declara haber lugar, y dice:

CONSIDERANDO: Que aunque el recurso de apelación, en algunos sistemas legislativos, se configura como un *novum judicium*, o una novación del proceso primitivo anterior, en el nuestro no se concibe de esa manera, sino como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario, examinando íntegramente la cuestión litigiosa, y decidiéndola generalmente sobre la base del mismo material instructorio; por eso el Tribunal "ad quem" tiene que decidir sobre la base de las alegaciones y pruebas practicadas en primera instancia, y sólo excepcionalmente sobre hechos que eran desconocidos, se conocieron posteriormente, o cuyas pruebas no pudieron practicarse—art. 868 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pero sin que puedan incluirse en la apelación, extremos no decididos en la primera instancia, sobre los que no se pronunció la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que la causa jurídica de toda sentencia estriba principalmente en la pretensión que trata de satisfacer, delimitada por la oposición del demandado; de donde se infiere que la sentencia ha de

guardar perfecta conformidad o relación con la pretensión y la oposición procesal en cuanto la delimita y que cuando no la guarda, adolece del vicio que la legislación española y la doctrina legal denominan incongruencia, bien porque el fallo contenga más de lo pedido, bien porque otorgue menos de lo solicitado, o bien porque contenga algo distinto de lo pedido por las partes "ne est iudex extra petita partium".

CONSIDERANDO: Que este último vicio llamado de incongruencia mixta por la doctrina científica, es el que puede denunciarse al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la L. E. C. cuando el órgano jurisdiccional falla sobre algún extremo que no ha sido solicitado por las partes, y esto fué lo que ocurrió en el caso de autos, en el cual la parte demandada no alegó falta de personalidad en la entidad actora, sino que se la reconoció tácitamente al no impugnársela—sentencias de 12 de abril de 1913 y 17 de mayo de 1934—, y, sin embargo, la Sala sentenciadora estimó que por haber solicitado práctica de prueba tendente a demostrar la disolución de tal entidad, se entendía alegada esa falta de personalidad que acoge en su fallo, olvidando que quien tiene reconocida la personalidad de su contraparte no puede impugnarla, ni desconocerla después, y, además, que la más elemental diligencia del que se ve demandado por una persona jurídica exige que se cerciore de su existencia legal, comprobando su realidad jurídica en el Registro Mercantil, ya que sin constitución en escritura pública e inscripción en dicho Registro no surge a la vida, respecto a terceros, la entidad mercantil, y que aquello que consta en el Registro público para éstos.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que los Tribunales no puedan fundar sus resoluciones en hechos que no han sido objeto de alegación ni de prueba, y que, por tanto, no han podido ser motivo de discusión entre las partes, careciendo el Juzgado de facultades para proceder de oficio, desestimando acciones o excepciones que las partes no han querido someter a su discusión—sentencias de 26 de febrero de 1947, 24 de marzo de 1948, 20 de octubre de 1949 y 15 de abril de 1955—.

CONSIDERANDO: Que la estimación de este primer motivo del recurso, al llevar consigo la casación de la sentencia recurrida en toda su integridad, hace innecesario el examen de los demás motivos de impugnación de dicha sentencia.

Como consecuencia de este fallo, dicta el T. S. una segunda sentencia confirmando la del Juez de Primera Instancia. Dice así el T. S.:

CONSIDERANDO: Que aunque parece lógico que el acuerdo de disolución de una sociedad mercantil, al adquirir firmeza, debía producir el pleno derecho, la extinción de la misma y la desaparición y pérdida de su personalidad jurídica, ello, sin embargo, no lo es, porque es muy difícil que la firmeza de ese acuerdo de disolución coincida siempre con la

terminación de todas las operaciones sociales que no habían llegado a su conclusión, y que en ese mismo momento se puedan percibir todos los créditos que existan a favor de la sociedad y que se paguen todos los que contra ella existan y se verifique el reparto del haber partible entre los socios, o que se le dé al sobrante el destino previsto en los estatutos o en la ley.

CONSIDERANDO: Que ante esta evidente realidad, la doctrina científica hubo de arbitrar un instituto jurídico, para posibilitar la realización de todas estas operaciones inexcusables para la extinción de la sociedad, y vino a proclamar que la disolución no supone inmediata extinción de la sociedad, cuya vida se prolonga hasta liquidar completamente las relaciones sociales pendientes y las que exige el destino de los fondos sociales, no significando, por tanto, la disolución de una sociedad la muerte de la misma, sino el tránsito al llamado período o fase liquidatoria, que comprende el conjunto de operaciones que tienden a fijar el haber divisible entre los socios y la realización de las operaciones pendientes con terceros respecto de los cuales la sociedad puede estar en situación de deudora o de acreedora.

CONSIDERANDO: Que la realización de toda esta serie de operaciones de liquidación requiere la existencia de un lapso de tiempo durante el cual la sociedad no puede quedar privada de personalidad, ya que ello equivaldría a inhabilitarla para proceder a la terminación de las operaciones pendientes y a dar al capital social resultante el destino estatutario o legal previsto.

CONSIDERANDO: Que por ello, los artículos 17, 221, 223, 226 y 238 del Código de Comercio, y los 111 y 212 del Reglamento del Registro Mercantil, evidencian que aunque se produzca una causa de disolución de una sociedad, incluso de las que operan sin necesidad de declaración especial—como es el transcurso del plazo de duración—“no queda disuelta de pleno derecho y desvanecida la personalidad de la misma con caracteres que hacen insubsanable su incapacidad de comparecer”, sino que se abre el período de liquidación, durante el cual la sociedad conserva su personalidad jurídica, aunque su capacidad quede limitada en la forma que determina el artículo 228 del Código de Comercio—para percibir créditos, extinguir obligaciones, etc.—, y sin que pueda sostenerse fundadamente que la petición de resarcimiento de unos daños y perjuicios causados constituya “operación nueva”, de las vedadas por el indicado precepto, sino más bien un acto de reclamación de créditos perfectamente encuadrado en él.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia, interpretando las aludidas normas, vino reconociendo la subsistencia de la personalidad jurídica de las sociedades durante la fase liquidatoria, y por último, la Ley de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas vino a proclamarla, de manera que

no deja lugar a dudas, disponiendo en su artículo 154 que "la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza", aunque ésta pase a ser asumida por los propios liquidadores, que, en el proceso iniciado por o contra la sociedad, pasan a sustituir a los verdaderos órganos representantes, por virtud de la llamada "sucesión procesal o cambio de partes en el proceso".

2. RESERVA DE DERECHOS Y ACCIONES: *No puede esta proclamarse en la sentencia ni dar ni quitar derechos a los litigantes, no pudiendo por tanto servir de base al recurso de casación.*

INCONGRUENCIA EN EL FALLO: *Procede desestimarla, como motivo del recurso cuando es debida al silenciamiento por el juzgador de las reservas de derechos pedidas al contestar la demanda.* [S. de 25 de marzo de 1961; no ha lugar.]

3. TRANSPORTE POR FERROCARRIL, ACUMULACIÓN DE ACCIONES: JUNTA DE DETASAS: *Conforme a los arts. 154 núm. 2.º y 155 L. E. C. y 34 del Reglamento de las citadas Juntas, es posible acumular en un solo juicio diversas reclamaciones referentes a expediciones consignadas a una misma persona y que plantean una misma cuestión—la responsabilidad por falta de peso en la mercancía transportada—aunque individualmente consideradas su cuantía no exceda de las tres mil pesetas y sin que por ello se infrinjan las disposiciones que regulan la competencia de las Juntas de Detasas.* [S. de 3 de junio de 1958; no ha lugar.]

La Ley de 24 de junio de 1938 y su Reglamento de 28 de diciembre de igual año, ratificados por la Orden de 10 de enero de 1948, establecieron como jurisdicción especial para conocer y resolver todas las reclamaciones derivadas del contrato de transporte, cuya cuantía no excediera de 3.000 pesetas, conforme al Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1947, unos organismos denominados Juntas de Detasas, cuyas resoluciones en asuntos de esa cuantía, únicamente serían recurribles ante la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Obras Públicas, sin que tales esos y materias, pudieran plantearse esas reclamaciones ante los Tribunales ordinarios de Justicia. Cuando la cuantía de la reclamación excediera de la citada cifra la actuación de las Juntas de Detasas tiene únicamente carácter de informe, pudiendo posteriormente acudir a los Tribunales de Justicia. De acuerdo con la Orden de 10 de enero de 1948, art. 8.º, en la tramitación por las Juntas de Detasas de aquellas reclamaciones que hayan de ser falladas por las mismas, será de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el carácter de supletoria. (R. J.)

4. RECURSO DE CASACIÓN: INTERDICTOS: *No cabe el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los interdictos, ni en los incidentes de los mismos.* [S de 1 de febrero de 1962; no ha lugar.]

5. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Estos recursos sólo pueden ampararse en alguna de las causas señaladas en el art. 1.695 de la LEC y nunca en el art. 1.692 de la propia Ley.*

CONTRADICCIÓN DE RESOLUCIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA, CON LO DISPUESTO EN ÉSTA: *Dispuesta en una sentencia la obligación de reintegrar a determinadas personas los bienes pertenecientes a las mismas, es improcedente que en ejecución de sentencia se limite la obligación de reintegro al montante de su importe en determinada fecha, tanto más si tal limitación constituía un pedimento del juicio principal no aceptado en la sentencia.* [S. de 2 de febrero de 1962; ha lugar.]

NOTA: En realidad en el art. 1.695 de la LEC sólo se contiene una causa: contradicción con la sentencia y una limitación: la de que no cabe el recurso—fuera del supuesto anterior—cuando el auto recurrido no resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito. Es evidente que, cuando el auto se refiera a alguna incidencia sustancial no controvertida anteriormente, aunque no contradiga lo resuelto en la sentencia, cabrá el recurso y este podrá fundarse, cuando menos, por analogía, en las causas del art. 1.692 (aunque el Tribunal Supremo no lo haya entendido así). (J.ºP. R.)

### III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

#### 1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

##### I. Derecho civil.

1. **DISTINCIÓN ENTRE FALTA DE DERECHO Y ABUSO DE DERECHO:** *Si los demandantes no tienen necesidad de ocupar el piso, no estarán comprendidos en el artículo 63 de la L.A.U. y carecerán de derecho a dar fin a la prórroga forzosa, pero no cometerán ningún abuso de derecho.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1961; no ha lugar).

2. **SUBARRIENDO: INEXISTENCIA:** *No es suficiente para estimar la existencia de una cesión o subarriendo, el hecho de que el inquilino pase temporadas fuera del piso arrendado, cuando es un hecho cierto que también lo ocupa y la Ley no impone una permanencia continua, contraria a toda razón lógica en la vida normal de las personas.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1961; no ha lugar).

3. **DISTINCIÓN ENTRE LOS CONTRATOS DE HOSPEDAJE Y SUBARRIENDO:** *A diferencia de los huéspedes, los subarrendatarios parciales de viviendas, aunque en virtud de pactos excepcionales, usen de algunas cosas comunes, lo hacen siempre exclusivamente de uno o más departamentos concretos, amueblados o no, con la finalidad que fuere, sin obtener servicios o suministros del arrendatario, efectúan en aquellos las reparaciones de incumbencia de los locatarios, y viven, en lo posible, con la independencia que caracteriza el uso de las viviendas por sus moradores.* (Sentencia de 18 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

4. **SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN TÁCITA:** *Si el arrendador, continuó pasando los recibos a la viuda del inquilino fallecido, se presume que conoce y consiente tácitamente la subrogación, por lo que no era precisa la notificación.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

5. **SUBROGACIÓN: VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN VERBAL:** *Es válida la notificación verbal, ya que el propósito del legislador fué el de que de manera cierta e inconcusa se hiciera la manifestación de voluntad de subrogación por las personas con derecho a ello. a quien tenía facultades para recibirla y expresamente lo aceptase, lo que puede justificarse lo mismo por acta notarial o documento judicial antes de iniciada la litis, que por las pruebas practicadas en las actuaciones judiciales, practicadas ante los Tribunales y aceptada por los mismos y por la parte contraria.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

6. **SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN:** *El aspirante a la subrogación, debe practicar las averiguaciones necesarias sobre el extremo de la titularidad do-*

*mínical, y el no hacerlo ha de estimarse como omisión voluntaria, que afecta a la validez de la subrogación. (Sentencia de 28 de noviembre de 1961; no ha lugar.)*

7. SUBROGACIÓN: PERSONAS QUE PUEDEN INTERVENIR EN LA NOTIFICACIÓN: *El marido, en virtud de las facultades representativas que le concede el C. c., puede practicar la notificación requerida, para que proceda la subrogación a que tiene derecho su esposa. La notificación hecha al administrador es como hecha al propio arrendador.*

SUBROGACIÓN: FEHACIENCIA DE LA NOTIFICACIÓN: *La cualidad de fehaciente que exige la Ley para la notificación de la subrogación del contrato de inquilinato, no quiere decir que haga fe frente a todos, pues en este caso la Ley hubiera empleado la palabra notarial o judicial, sino que haga fe frente a aquel a quien debe perjudicar y, por lo tanto, si se hace de modo que éste no pueda negar el hecho de la notificación, ésta será fehaciente. (Sentencia de 9 de octubre de 1961; no ha lugar.)*

8. SUBROGACIÓN: NOTIFICACIÓN: *Para la subrogación por fallecimiento, ha de practicarse la notificación fehaciente prescrita, que no puede ser sustituida por la simple prueba de testigos. (Sentencia de 26 de septiembre de 1961; no ha lugar.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: OCUPACIÓN DE VIVIENDA: *La vivienda, como hogar, cumple varios fines: aseo, alimentación, trabajo, recreo, reposo. La Ley no determina, que necesariamente todos estos fines tengan que cumplirse, sino que basta con que alguno de ellos tenga efectiva realidad para que el día a que corresponde no pueda entrar en el cómputo de los seis meses, y siempre que el uso no sea del tal modo esporádico y circunstancial que sólo revele la intención de aparentar una ocupación que en la realidad no exista. (Sentencia de 21 de diciembre de 1961; no ha lugar.)*

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: OCUPACIÓN SIMULTÁNEA: *La Ley, atende a la materialidad de la doble ocupación (entendiendo ésta como posesión o uso adecuado para la satisfacción de las necesidades de carácter doméstico) y no a la doble titularidad jurídica, mientras no se traduzca en aquella posesión o uso. (Sentencia de 14 de diciembre de 1961; no ha lugar.)*

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN DE VIVIENDA: CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO: *A los efectos del artículo 64 de la L. A. U. deben considerarse como funcionarios públicos a todas aquellas personas que habitual y permanentemente desarrollan actividades intelectuales o manuales en cualquier función o servicio público. La definición del artículo 119 del C. P., fuera del mismo, no tiene más que el carácter de simple referencia o antecedente analógico.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN DE VIVIENDA: CONCEPTO DE FAMILIA, A EFECTOS DE LA FIJACIÓN DEL NÚMERO DE SUS MIEMBROS: *Conjunto de personas, que en razón de vínculos parentales por consanguinidad a afinidad, o por*

*virtud de lazos espirituales de cualquier clase, convivan en el mismo hogar y allí habitualmente desenvuelven su vida sujetos, no sólo por imperativos económicos, sino por lazos de afecto, a la dirección y autoridad legal o moral del miembro más caracterizado; están por consiguiente, comprendidos en el concepto, los parientes de cualquier grado, los afines, los unidos por lazos espirituales y hasta los extraños, siempre que concurren dichos requisitos y no contradigan la más estricta moral, y siempre que tal comunidad no sea fraudulenta o con ánimo de perjudicar a tercera persona.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN DE VIVIENDA: DISTINCIÓN ENTRE VIVIENDAS «INTERIORES» Y «EXTERIORES»: *La nota diferencial, entre ambos conceptos, tratándose de viviendas, no es la existencia de acceso, más o menos directo de la vivienda con el exterior, sino el hecho de que los vanos o huecos de ésta, no aptos para el acceso de las personas pero susceptibles de recibir por ellos luces y vistas, se encuentren abiertos en la fachada del edificio lindante con la vía pública o den, por el contrario, a un patio o espacio interior de la misma edificación.* (Sentencia de 2 de octubre de 1961; no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN DE VIVIENDA: CALIFICACIÓN DE VIVIENDA HABITABLE: *Las buhardillas no tienen la condición de vivienda habitable, a los efectos de la selección del artículo 64 de la L. A. U.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: PERSONAS QUE PUEDEN PRATICARLO: *El copropietario de más de la mitad indivisa del inmueble, puede denegar la prórroga del arrendamiento, por causa de necesidad.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: VALIDEZ: *El que posteriormente se subrogara la hija, teniendo la cualidad de funcionario público es intrascendente a los efectos de la selección de vivienda, ya que lo válido es el requerimiento formulado a la madre.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: *El requiriente no está obligado a acreditar su calidad de propietario, pues el artículo 65 de la L. A. U. no lo exige.* (Sentencia de 4 de octubre de 1961; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: *La L. A. U. no exige otra cosa que la expresión, en la notificación, de las causas en que se funde la denegación de la prórroga, sin requerir su fundamentación ni el detalle de sus circunstancias.* (Sentencia de 22 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *El artículo 303 de la L. E. C. rige el cómputo de los términos judiciales, y por*



*consiguiente, no es aplicable al plazo del artículo 65 de la L. A. U., porque es un término civil* (Sentencia de 6 de octubre de 1961; no ha lugar.)

19. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DE LA L. A. U.: *El Decreto de 21 de mayo de 1943, que fijó el plazo de 3 meses naturales para que el arrendador declarase a la Hacienda la nueva renta, es una disposición del Ministerio de Hacienda, que no fue derogada ni por la Ley de 1946 ni por la actualmente en vigor; y de aquí que aunque el artículo 103 de esta última no haga referencia a plazos de leyes fiscales, como lo hacía el 133 de la anterior, no por ello deben dejarse de observar éstos.* (Sentencia de 23 de diciembre de 1961; ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El concepto de configuración, a los efectos de la L. A. U., no es un concepto abstracto y rígido, sino circunstancial y flexible, y por consiguiente ha de tenerse en cuenta las peculiaridades características de la cosa arrendada, para determinar en cada caso, si las obras realizadas cambian o no su configuración.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: DECLARACIÓN DE RUINA: SUS EFECTOS: *La declaración de ruina hecha por la Autoridad municipal, faculta al propietario a solicitar la resolución de todos los contratos de arrendamiento que tenga concertados en relación con la finca ruinosa, obteniendo la declaración resolutoria en la vía judicial, sin más que justificar, en ella, en cumplimiento de los requisitos que deben acompañar al expediente administrativo y muy en especial esa citación de todos los inquilinos y arrendatarios, sean o no prácticamente afectados por el estado ruinoso que la Ley previene.* (Sentencia de 27 de octubre de 1961; no ha lugar.)

22. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3.ª: INTERPRETACIÓN: *Las palabras «persona titular» de esta disposición, no han de interpretarse rigurosamente en sentido singular, ya que cabe claramente la posibilidad de una subrogación efectuada por varias personas, cuando éstas ostentan iguales derechos, como en el caso de ser hijas de la anterior arrendataria.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

NOTA: En esta Disposición transitoria se habla de titular, a los efectos de notificar al arrendador cuál es la persona titular del arriendo a virtud de subrogación nacida al amparo de la legislación anterior.

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *No es lícito en trámite de suplicación alterar los términos de la oposición, alegando la misma excepción apoyada en un hecho nuevo y distinto que no fue debatido en el proceso.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *Si el abuso de derecho no se alegó con anterioridad, no puede serlo en el recurso de suplicación, ya*

que ello implicaría la invocación de un hecho nuevo. (Sentencia de 29 de septiembre de 1961; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVO: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Admitida la apelación se remitirán los autos al Juez de Primera Instancia del Partido con emplazamiento de las partes por plazo de ocho días; como el referido emplazamiento se hizo por diez y el apelante llevó a cabo el indicado personamiento dentro de ellos pero después de transcurridos ocho es incuestionable que estos emplazamientos y personamiento son ineficaces, como contrarios a las normas procesales vigentes.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1961; nulidad de actuaciones)

## 2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

### I. Derecho civil.

**ARRENDAMIENTO: ADMINISTRADOR: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *La cualidad de arrendador no puede atribuirse al administrador, sino al mandante, poseedor real de la finca, por lo que el administrador no está legitimado pasivamente en los procesos sobre derechos arrendaticios deducidos, contra el arrendador, por el arrendatario.* (Sentencia de 28 de marzo de 1962; no ha lugar.)

**SUBARRIENDO O CONVIVENCIA FAMILIAR:** *No puede calificarse como subarriendo, sino como situación especial de convivencia familiar, la relación existente entre la inquilina de una vivienda y la hija y yerno de la misma, que conviven con la primera, abonando el agua, la luz y la portería, ya que no aparecen determinados datos esenciales de la locación, como son la cosa y el precio.* (Sentencia de 31 de octubre de 1961; no ha lugar.)

**COARRIENDO: SUBROGACIÓN COLECTIVA (MORTIS CAUSA) EN EL DERECHO ARRENDATICIO:** *Los coarrendatarios subrogados conjuntamente en la titularidad del difunto arrendatario, con arreglo a la L. A. U. de 1946, son poseedores de la totalidad de la cosa arrendada, si bien el derecho de cada uno de ellos se halla limitado por el que, con idéntica dimensión, corresponde a los demás. La comunidad de coarrendatarios por sucesión, no tiene personalidad distinta de la de los sucesores.*

**ABANDONO DE LA VIVIENDA POR UNO DE LOS SUCESORES CONJUNTOS: CESIÓN: RENUNCIA:** *El abandono de la vivienda por uno de los subrogados conjuntamente en la titularidad del antiguo inquilino no supone cesión en favor de los demás subrogados, sino renuncia a su derecho de coarriendo y no constituye causa de resolución por cesión.*

**RECURSO DE SUPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA:** *La Sala de suplicación debe suplir la omisión de los dos órganos de instancia que omitieron en ambas sentencias toda valoración probatoria y la subsiguiente declaración de hechos probados.* (Sentencia de 23 de octubre de 1961; ha lugar.)

**SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: DERECHO ANTERIOR A LA L. A. U.:** **NOTIFICACIÓN DE LAS SUCESIVAS TRANSMISIONES:** *Si la viuda del primitivo inquilino falleció en 1944 y al entrar en vigor la nueva L. A. U., en 1956, no notificó al arrendador tal transmisión, la hija de la primeramente citada no puede subrogarse «mortis causa» en el derecho arrendaticio de su madre aunque haya notificado el fallecimiento de ésta, al producirse bajo la vigente L. A. U.* (Sentencia de 27 de febrero de 1962; ha lugar.)

**NOTA:** No son pocos los comentaristas y los órganos de instancia que no comparten el criterio de esta sentencia, contradictoria del matenido en las

dos instancias. En efecto, dado el régimen sucesorio vigente con anterioridad a la L. A. U., cabía entender, que los sucesores *mortis causa* del primitivo arrendatario, quedaban, con arreglo a dicha legislación, en la misma posición que el inquilino originario; es decir, no con el *status*, un tanto restringido en varios aspectos, que les atribuye la L. A. U. y, por consiguiente, quedaban exonerados de la obligación de realizar la notificación impuesta en la Disposición transitoria 8.ª de la L. A. U. de 1955 a los subrogados *mortis causa*. Por otra parte, dado el régimen de sucesión conjunta vigente con anterioridad a la L. A. U. de 1955 en la generalidad de los casos —en todos aquellos en que no se hubiera singularizado, por voluntad de los sucesores, la titularidad arrendaticia en uno de ellos— habrá que entender que los diversos familiares del primitivo arrendatario sucedieron a éste conjuntamente, sin que, por tanto, en el caso de muerte de los diversos sucesores conjuntos, hubiera que hacer notificación. Sobre el reconocimiento de una de estas situaciones de coarriendo dimanantes de sucesión conjunta véase Sentencia de la misma Audiencia de 23 de octubre de 1961.

**SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: SUCESIÓN DEL CÓNYUGE DEL INQUILINO: MATRIMONIO CONTRAÍDO POR PERSONA DIVORCIADA EN ZONA ROJA:** *El hecho de que el matrimonio en que se basa la subrogación se hubiera contraído por persona casada anteriormente con otra y cuyo primer enlace había sido disuelto por sentencia de divorcio dictada en zona roja, no obsta a la eficacia de la subrogación si el matrimonio se halla acreditado por la certificación registral y no se ha instado la nulidad del enlace al amparo de la ley derogatoria de la del divorcio; la nulidad de las sentencias de divorcio dictadas en zona roja no supone la nulidad, «ipso iure», del matrimonio contraído por el divorciado, siendo aplicable la segunda de las disposiciones transitorias de la ley derogatoria de la de divorcio.* (Sentencia de 21 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

**NOTA:** Es harto dudosa la aplicabilidad de la Disposición transitoria 2.ª, citada, a los matrimonios contraídos tras divorcio decretado en Zona Roja. En efecto, si tales divorcios son nulos de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial —recuérdese la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1949— es evidente que la nulidad de tales divorcios debe implicar, automáticamente, la de los matrimonios contraídos por los divorciados en vida del primer cónyuge ya que, en otro caso, debería admitirse la simultánea validez de dos matrimonios contraídos por una misma persona con otros dos.

**DERECHO SUCESORIO ARRENDATICIO DEL HIJO ADOPTIVO: CONCEPTO DE POTESTAD: SUPUESTO FRAUDE DE LEY O ABUSO DE DERECHO:** *La L. A. U., al referirse a los hijos sometidos a la potestad del arrendatario fallecido, contempla la potestad de derecho y no la de mero hecho. En el supuesto de existir fraude legal en la adopción, ello daría lugar a la nulidad de la misma, nulidad que no cabe alcanzar en el proceso especial arrendaticio. Si la adopción es válida deben ser amparados sus efectos en orden a la sucesión arrendaticia.* (Sentencia de 3 de febrero de 1962; ha lugar.)

**NOTA:** Con el acertado criterio de esta resolución, coincide el de otra Sentencia de la propia Audiencia de 31 de enero del mismo año, en la que se abunda en análogas razones y en la que se afirma que los derechos del hijo adoptivo no dependen de que el adoptante cumpla o no los deberes que le impone su condición y de que se halle o no en condiciones de cum-

plirlos. La Audiencia no se ha dejado impresionar por las afirmaciones de los órganos de instancia que habían entendido que el hecho de que la inquilina (más bien necesitada, ella, de protección) hubiera adoptado al hijo de un matrimonio convivente con la misma, venía a suponer una adopción fraudulenta realizada con la única o primordial finalidad de otorgar al adoptado un derecho sucesorio (conjetura que apoyaban en el hecho de que el hijo adoptivo había continuado, *de facto*, bajo la guarda y atención de sus verdaderos padres). Como dice la Audiencia, la potestad de derecho atribuida por la adopción basta para determinar la concurrencia del presupuesto sucesorio exigido por el artículo 58 de la L. A. U. Sentadas tales premisas, sería sumamente peligroso que los Tribunales se lanzaran, en los procesos arrendaticios, por la peligrosa pendiente de juzgar acerca del fraude o simulación concurrentes en actos de estado civil —adopciones, reconocimientos, matrimonios, etc.— determinantes de la adquisición de derechos arrendaticios, hallándose tales actos bajo la salvaguardia de los Tribunales —civiles o canónicos— en los oportunos procesos y con las garantías máximas exigidas por nuestro ordenamiento —intervención del Ministerio Fiscal, procedimiento de la máxima amplitud, etc.—. Por otra parte, no es ocioso recordar que quien impugne una situación de estado civil amparada en un asiento registral —como es el de adopción— no puede hacerlo con eficacia si, previa o simultáneamente, no insta la nulidad del acto y del asiento —artículos 3 y 4 de la Ley del Registro civil—.

Obsérvese, finalmente, que aun en relación a la cuestión de la posible nulidad de la adopción por simulación o fraude no sería nada fácil alcanzarla con base en los presupuestos que tanto impresionaron a los Jueces de instancia pues no cabe duda que entre las finalidades *legítimas* que pueden mover a la adopción se halla la de otorgar un beneficio de tipo económico a persona ligada con lazos de afecto con el adoptante, beneficio que puede consistir en facilitar a la misma la continuación en el hogar creado por el adoptante.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DISPONIBILIDAD DE PISO INSUFICIENTE: *No obsta a la denegación de prórroga el que el beneficiario de la misma disponga de un piso deshabitado, si el mismo es insuficiente para cubrir las necesidades del que deniega la prórroga; a efecto de determinar tales necesidades, ha de computarse el círculo de personas que hayan de vivir con el actor, incluyendo entre ellas, con su esposa, a los hijos y madre.* (Sentencia de 19 de mayo de 1961; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: *Na obsta a la presunción de necesidad el hecho de que no se haya contraído el matrimonio, en que se basa aquélla, dentro del año de preaviso.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Siendo la denegación de prórroga un acto de administración puede ejercitarla el marido de la propietaria, máxime si el mismo es copartípe de la propiedad*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: EXPROPIACIÓN FORZOSA: *La expropiación forzosa no es causa que impida la denegación de prórroga.*

PROCEDIMIENTO ARRENDATICIO URBANO: COMPETENCIA OBJETIVA: *La actividad de pintor no es la propia de las profesiones colegiadas determinante de la atribución de competencia a los Jueces de 1.<sup>a</sup> Instancia.*

COSA JUZGADA: *No cabe hablar de cosa juzgada derivada de anterior pro-*

ceso si el mismo se extinguió por desistimiento y no por renuncia a la acción (Sentencia de 18 de octubre de 1961; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD AL VERSE OBLIGADO A DESALOJAR LA VIVIENDA QUE ANTERIORMENTE OCUPABA: *Debe considerarse forzoso el desalojo que se produce al verse desprovisto de derecho a vivienda como consecuencia del cese de la relación laboral —en cuya virtud ocupaba dicha vivienda— y ello aunque el cese en el trabajo se haya producido voluntariamente.* (Sentencia de 20 de febrero de 1962; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; CASUÍSTICA: *No deja de existir la causa de necesidad invocada como motivo de denegación de prórroga por el hecho de que, contraído el matrimonio fundamento de la necesidad, los cónyuges tomen en arriendo una vivienda para alojarse hasta que dispongan de la objeto de la denegación de prórroga.*

SELECCIÓN DE VIVIENDA: *No es preciso comprender en la selección las viviendas, otro inmueble que, aunque forma finca registral única con la elegida, constituye físicamente una finca distinta.* (Sentencia de 5 de julio de 1961; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA COMO ARRENDATARIO: *El propietario de viviendas no tiene derecho a ocupar, las que tenga arrendadas, mediante la denegación de prórroga contractual —por necesidad— si tiene hogar propio e independiente, aun cuando el título de ocupación del mismo sea el arrendaticio.* (Sentencia de 20 de febrero de 1962; no ha lugar.)

NOTA: Interesante afirmación que viene a reducir, a su justo valor, el alcance de la denegación de prórroga por necesidad, cuando en definitiva, el que la alega, dispone de vivienda en inmueble ajeno, a título de arrendatario y a despejar algunas dudas indebidamente suscitadas en la materia. Véase la Sentencia anterior a ésta.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: ABANDONO ANTERIOR DE VIVIENDA: *No obsta a la denegación de prórroga, por necesidad, basada en el deseo de tener vivienda independiente, el hecho de que el beneficiario de la denegación hubiera abandonado, con anterioridad, el piso en que tenía su hogar independiente para pasar a vivir con su padre y cuidar del mismo, ya que de este hecho no puede deducirse que dicha persona renunciara para siempre a vivir independientemente.* (Sentencia de 6 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; DEFECTOS DE ALEGACIÓN; NECESIDAD DE HOGAR INDEPENDIENTE: *Aun en el supuesto de no haberse invocado expresamente por la actora, que vive con su hijo, la esposa de éste y dos nietos, la necesidad de hogar propio, es obvio que, habiendo en la vivienda en que habita, tan sólo dos dormitorios y un pequeño cuarto, más los servicios y un cuarto de estar, y teniendo que dormir actora y nieto en una sola cama y en en otra cama de la misma habitación, el nieto, hay causa de necesidad y procede la denegación de prórroga.* (Sentencia de 21 de febrero de 1962; ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN RAZONES DE SALUD: *Procede la denegación de prórroga basada en la necesidad del arrendador de trasladar su residencia a la Península, procedente de Fernando Poo, si el Servicio Sanitario de la Región Ecuatorial afirma que es aconsejable la permanencia del arrendador en la Península para el tratamiento de un carcinoma.*

CORRELACIÓN ENTRE EL REQUERIMIENTO DENEGATORIO PREVIO Y LA DEMANDA: *No obsta a la viabilidad de la denegación de prórroga una ligera diferencia en el enunciado de la enfermedad en que aquélla se basa, advertida entre el requerimiento denegatorio y la demanda. (Sentencia de 29 de mayo de 1961: no ha lugar.)*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: HOGAR INDEPENDIENTE: *Ni legal ni moralmente cabe imponer, a quien carece de vivienda propia, una convivencia no deseada en régimen de subarriendo con extraños, máxime si, por no haberse buscado tal situación de propósito, no cabe hablar de abuso de derecho.*

PERSONA OBLIGADA A DESALOJAR SU VIVIENDA: *Para que pueda invocarse esta presunción de necesidad, basta demostrar que el requerimiento de desalojo era tan fundado que no había términos hábiles para oponerse a él.*

REQUERIMIENTO DENEGATORIO REALIZADO POR MANDATARIO VERBAL: *El requerimiento es eficaz aunque lo realice el notario a instancia de un mandatario verbal del arrendador.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *No cabe interponerlo por quebrantamiento de forma. (Sentencia de 13 de febrero de 1962.)*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PERSONA QUE VIVE EN RÉGIMEN DE HOSPEDAJE: *Quien vive en domicilio ajeno, en calidad de huésped y desea tener hogar propio, puede realizar la denegación de prórroga por necesidad; tal deseo no supone mera conveniencia, sino necesidad o legítima aspiración.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *No deben computarse como familiares a efecto de la selección, a la suegra y cuñada del inquilino, por tratarse de personas no sometidas a la potestad del arrendatario, ni obligadas legalmente a vivir con él, ni beneficiarias de derecho de subrogación, por ser parientes por afinidad. (Sentencia de 4 de octubre de 1961; ha lugar.)*

NOTA: Véase en este ANUARIO, 1961, página 573, la nota a Sentencia de 4 de febrero de 1961.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *No comete abuso de derecho quien deniega la prórroga arrendaticia, no para perjudicar al arrendatario, sino para servirse de la finca, utilizándola según sus necesidades. (Sentencia de 23 de mayo de 1962; no ha lugar.)*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROHIBICIÓN DE ALTERAR EL DESTINO DE LAS VIVIENDAS: *No cabe la denegación de prórroga del arriendo de una vivienda, ejercitadu para destinar la misma a despacho profesional de un abo-*

gado, pues se opone a ello la disposición adicional 1.ª de la L. A. U. (Sentencia de 13 de marzo de 1962; no ha lugar.)

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ACCIÓN DE RECOBRO POR EL INQUILINO DESALOJADO: FLAZOS: *El plazo de tres meses establecido en la L. A. U. para la acción de recobro de la vivienda desalojada es de caducidad y no de mera prescripción.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INEXISTENCIA DE ÉSTE: CONVIVENCIA FAMILIAR: DERECHO TRANSITORIO: *Es improcedente la resolución por subarriendo basado en el hecho de que al contraer matrimonio en 1960 la hija de la subarrendataria —conviviente con ésta, en la vivienda, desde antes de 1946— pasaran a vivir en dicho piso el marido y la suegra de la referida hija, ya que de tales hechos no cabe inferir la existencia de un nuevo subarriendo y, por otra parte, el matrimonio lo ha considerado la jurisprudencia, a estos efectos, como una sola persona.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *No puede admitirse que la convivencia accidental de una persona con otra haya de producirse exclusivamente a título de subarriendo.*

HOSPEDAJE: *Puede darse la relación de hospedaje, aunque no se proporcione manutención al huésped. El arrendatario no se halla obligado a notificar al arrendador la convivencia, con el mismo, de uno o dos huéspedes.* (Sentencia de 16 noviembre de 1961; no ha lugar.)

NOTA: La distinción entre hospedaje y subarriendo tiene trascendencia suma ya que mientras el arrendatario que tenga uno o dos subarrendatarios debe notificarlo al arrendador, bajo sanción de resolución, tal deber no se le impone por razón de la tenencia de huéspedes.

RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD: «DIES A QUO»: *En los casos en que el cesionario habita en la vivienda con anterioridad a la cesión, es el hecho del abandono de la vivienda el que exterioriza la cesión y el que debe señalar la iniciación del plazo de caducidad de la acción impugnatoria.* (Sentencia de 25 de octubre de 1961; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *El cómputo del plazo bienal de caducidad debe realizarse a partir de la introducción del cesionario en la vivienda, hecho exteriorizado, en el caso de la sociedad demandada, por la inscripción de la misma en el Registro de Sociedades Anónimas, anuncios públicos de juntas generales y por vivir el arrendador en la propia finca.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: *Al surgir en el piso una sociedad anónima, con finalidad comercial, constituida para realizar actos de límite comercio, no puede negarse que se ha transformado la vivienda en local de negocio.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR CESIÓN: ARRENDATARIO; PERSONA JURÍDICA: *El hecho de que el arrendatario sea una persona jurídica, no autoriza a ésta a ceder el*



*local a quien estime conveniente, sino a utilizarlo, según el destino pactado, para vivienda de sus empleados.*

**CONSENTIMIENTO DE INFRACCIONES: PLAZO DE EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS:** *El mero retraso en el ejercicio de una acción resolutoria —tanto no discurre el plazo de prescripción— y el conocimiento de la infracción en que la acción se base, no supone consentimiento tácito del quebrantamiento contractual realizado por el inquilino.* (Sentencia de 8 de noviembre de 1961; ha lugar.)

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAMBIO DE DESTINO:** *Es causa de resolución la transformación de dos de las tres plantas de una casa arrendada para vivienda en local para industria avícola.*

**RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: CONGRUENCIA:** *Fundamentada la demanda de desahucio en tres causas distintas, decretado el desahucio por una de ellas y confirmada la sentencia en apelación sin que el actor se adhiera a la alzada, en el recurso de suplicación sólo cabe enjuiciar la causa apreciada en la instancia* (Sentencia de 6 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

**RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS:** *No es causa de resolución la realización de obras de reconstrucción de una cubierta hundida, cambiando el soporte de madera por otro de cemento, para asegurar aquél, pues tales obras no cambian la configuración.* (Sentencia de 11 de febrero de 1962; no ha lugar.)

**RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: ENSANCHAMIENTO DE HUECO:** *La ampliación, por obra de albañilería, de un hueco de 44 por 48 centímetros hasta dejarlo de 54 por 54 centímetros, es obra que altera la configuración.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1961; ha lugar.)

**NOTA:** Criterio en extremo riguroso y que contrasta con el de ciertas sentencias del Tribunal Supremo en los que se abre paso —no sin vacilaciones— a posiciones más flexibles. Véase, por ejemplo, Sentencias de 13 de junio de 1960 en la que se estimó que la construcción de un tabique no alteraba la configuración; la de 25 de junio de 1960 que mantuvo similar criterio respecto a obras consistentes en elevación de tabique hasta el techo y la apertura de un agujero de aireación a modo de ojo de buey y la de 23 de marzo de 1961 que no dió lugar a la resolución, pese a haberse instalado dos estufas con perforación del tejado para la salida de las tuberías de metal y uralita instaladas.

**RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO: RENUNCIA AL DERECHO ARRENDATARIO: DESALOJO DE OCUPANTES DE LA VIVIENDA:** *Tras la renuncia del inquilino a su derecho arrendaticio procede el desahucio sin que sea preciso seguirlo contra cada uno de los ocupantes.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1961; no ha lugar.)

**NOTA:** El inquilino había subarrendado totalmente la vivienda a una persona, la que a su vez introdujo a un matrimonio para que le cuidara; fallecido el subarrendatario y renunciado el derecho arrendaticio por el inquilino, se ejercita la demanda con base en el artículo 117 de la L. A. U. —extinción del subarriendo por extinción del arriendo— entendiéndose con acierto por

la Sala, que no es preciso promover un juicio de desahucio dirigido específicamente contra los conviventes con el subinquilino.

**DEFECTO DE DETERMINADAS INSTALACIONES EN LA VIVIENDA; ACCIONES DEL ARRENDATARIO:** *El derecho de la L. A. U. y el C. c. conceden al arrendatario para exigir al arrendador, en vía civil, la realización de las reparaciones debidas. no autoriza al inquilino a exigir en la vía judicial ordinaria la instalación de lavadero, water y salida de humos no existentes, en la vivienda, al tiempo de concertarse el arriendo, sin perjuicio del derecho que pueda asistir al arrendatario en la vía administrativa, singularmente ante la Fiscalía de la Vivienda.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1961; ha lugar.)

## II. Derecho procesal.

**PROCESO ARRENDATICIO URBANO; COMPETENCIA; CALIFICACIÓN:** *El hecho de que el hijo del arrendatario tenga un elemental taller eléctrico en la vivienda, no acentúa la calificación de ésta a efecto de competencia para conocer de las correspondientes acciones arrendaticias.* (Sentencia de 16 de octubre de 1961; no ha lugar.)

**RECURSO DE SUPPLICACIÓN; MOTIVACIÓN DEL RECURSO; NORMAS QUE CABE INVOCAR:** *No ha lugar a estimar un recurso fundado en la infracción de los artículos 1.091 1.256, 1.258, 1.281 y 1.288 del C. c. por no referirse a derechos concretos reconocidos en la L. A. U.* (Sentencia de 13 de noviembre de 1961; no ha lugar.)

**RECURSO DE SUPPLICACIÓN; ÁMBITO DEL RECURSO:** *El recurso de suplicación se da, sólo, por infracción de ley o doctrina legal y no por quebrantamiento de forma, por lo que debe desestimarse el basado en la infracción de normas de carácter procesal como son, las de los artículos 504 y 506 de la L. E. C.* (Sentencia de 5 de octubre de 1961; no ha lugar.)

**ABUSO DE DERECHO; RECURSO DE SUPPLICACIÓN:** *El abuso de derecho no puede invocarse en suplicación, por inaplicación, sino por interpretación errónea.* (Sentencia de 4 de julio de 1961; no ha lugar.)

### 3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid

A cargo de Julio BONED SOPENA  
Juez de 1.º Instancia e Instrucción

#### I. Derecho civil.

1. NECESIDAD. EXISTE EN QUIEN CONVIVIENDO CON TERCERO EXTRAÑO RECLAMA OTRO PISO DEL INMUEBLE QUE COMPRÓ «PRO INDIVISO» CON EL CONVIVIENTE: *La causa de necesidad se da desde el momento en que ambos copropietarios vienen compartiendo una vivienda y uno de ellos pretende vivir independiente, toda vez que la ley no puede obligar a esta convivencia y la jurisprudencia en este sentido es terminante, pues si no la impone cuando el que convive es un hijo, menos aún puede hacerlo con un extraño, sin que a ello pueda objetarse la circunstancia de haberlo venido haciendo desde largo tiempo, por ser perfectamente natural que lo que en un momento dado se haya aceptado como necesario pueda no serlo en otro posterior.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1961; desestimatoria.)

2. NECESIDAD: CONCURRE CUANDO POR FRECUENTES DISCUSIONES UNA DE LAS CONDUENAS DEL INMUEBLE QUE CONVIVE CON OTRA, HERMANA SUYA, TIENE QUE ABANDONAR LA VIVIENDA COMÚN: *Si bien es dable aceptar que las discusiones y enfados y aun la falta de cordialidad si son pasajeras constituyen solamente una molestia vencible con ayuda de una buena voluntad, cuando esa quietud de la cordialidad persiste, incluso se acentúa, como la sentencia recurrida señala, por la ausencia definitiva de otros familiares antes mediadores, cuando la situación requiere la salida de la casa de una de las convivientes, bien puede decirse que ya hay necesidad de que esa convivencia cese, porque este es el único medio de volver tranquilidad y paz a la familia.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1961; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO INEFICAZ POR IMPRECIACIÓN EN LA EXPRESIÓN DEL NOMBRE DE LA PERSONA PARA LA QUE SE PIDE LA VIVIENDA: *Si bien es cierto que desde el acto de conciliación mediante el que se produjo el requerimiento se vinieron reiterando las dos causas que se decían constitutivas de la necesidad: insuficiencia de la vivienda ocupada por el actor y para cubrir las necesidades de la familia constituida por él con sus hijos y nietos y la que se entraña en «la precisión de abrir casa aparte el ascendiente o descendiente», no lo es menos que en mentado requerimiento no se expresa el nombre de la persona que necesita la vivienda, porque comoquiera que se examinen los términos del acto de conciliación no se alcanza a descubrir si a la reclamada se desplazaría el padre o su hijo con los tres hijos del matrimonio, siendo, por tanto, aquel acto ineficaz.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1961; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE DESVIRTUAR LA NECESIDAD DETERMINADA POR EL MATRIMONIO DEL HIJO DEL ACTOR, EL FALLECIMIENTO DE ÉSTE SO PRE-

TEXTO DE QUE PUEDE QUEDAR SATISFECHA CON LA VIVIENDA QUE HABITABA EN VIDA: *Aun prescindiendo de que la resolución de todo litigio debe verse en relación con el estado que las cosas mantuvieran en su momento inicial, es lo cierto que el fallecimiento del actor, aparte la desgracia, no ha remediado en nada la necesidad de vivienda del hijo, puesto que allí continuarán habitando la viuda y varias hijas, componentes como antes de una familia con la que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, a nadie se puede obligar a convivir.* (Sentencia de 10 de febrero de 1962; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDEN DESVIRTUARLA LAS CONDICIONES DE HABITABILIDAD DE LA VIVIENDA RECLAMADA NI QUE EL ACTOR HUBIERA PRETENDIDO LA DECLARACIÓN DE RUINA: *No puede desvirtuar la necesidad sentida el que el actor, propietario de la vivienda reclamada, pretendiera la declaración del estado de ruina, hecho para que nada juega en el proceso, ni las condiciones mejores o peores de habitabilidad que son por completo ajenas a la necesidad que el dueño ha acreditado tener que contar con su propia vivienda para albergarse en ella.* (Sentencia de 21 de febrero de 1962; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR AUMENTO DE LAS NECESIDADES FAMILIARES: NO HAY QUE ATENERSE PARA APRECIAR LA INSUFICIENCIA DE LA VIVIENDA A LAS CONDICIONES MÍNIMAS HIGIÉNICAS QUE DETERMINA LA ORDEN DEL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN DE 29 DE FEBRERO DE 1944: *En la apreciación de la insuficiencia de la vivienda no impone el artículo 63 de la L. A. U. ningún criterio ni subordinación a determinadas condiciones, reglas o datos materiales y concretamente las que, como mínimas higiénicas, se establecieron en la Orden del Ministerio de la Gobernación de 29 de febrero de 1944, pues esta disposición administrativa, aparte de que incluso se plantean dudas sobre su actual vigencia, por su naturaleza, objeto y finalidad específica y limitada y sobre todo por su inferior rango carece de obligatoriedad legal en la interpretación y aplicación de aquella norma de la L. A. U.* (Sentencia de 29 de marzo de 1962; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ACREDITADA ÉSTA, NO PROCEDE DESESTIMAR LA PRETENSIÓN POR ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO AL HABER ADQUIRIDO LA ACTORA LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA RECLAMADA A VIRTUD DE DONACIÓN DE SU PADRE, SO PRETEXTO DE HABER EMPLEADO ÉSTE SUBTERFUGIOS PARA ELIMINAR COMO INQUILINA A LA DEMANDADA: *Aceptada la necesidad de la vivienda sentida por la actora no procede desestimar su pretensión de resolución del contrato que le liga con la demandada, con base en que el padre de aquélla se produjo con manifiesto abuso de derecho al donarle uno de los dos pisos que le pertenecían (el otro estaba ocupado por el donante), por los subterfugios empleados para eliminar como inquilina a la demandada hasta lograr una fórmula con visos de legalidad que llevase al fin previsto, pues aparte de que a la vista del artículo 9 de la L. A. U. no cabe duda de que su aplicación requiere que quien se produzca con abuso de derecho sea el demandante o demandado, resulta evidente que equél en lugar de donar a su hija un piso pudo accionar por sí reclamándolo para ella, al amparo del número 1.º del*

artículo 62 de la L. A. U. y con ello cae por tierra cuanto quiera referirse a la donación como fórmula para burlar los derechos del inquilino. (Sentencia de 17 de abril de 1962: estimatoria.)

8. SELECCION DE VIVIENDAS: MOMENTO AL QUE HA DE REFERIRSE: SUPUESTO EN QUE NO EXISTIENDO MÁS QUE DOS VIVIENDAS SELECCIONABLES REQUIERE UNO DE LOS COPROPIETARIOS AL INQUILINO EN QUIEN CONCURREN CIRCUNSTANCIAS DE POSPOSICIÓN, AL HALLARSE SELECCIONADO EL OTRO POR NECESIDAD DE DISTINTO CONDUENO: *El momento al que ha de referirse la selección y el requerimiento o notificación es el de en que la misma se verifique, siendo eficaz para la acción correspondiente, aunque al plantearse ésta hubieren variado las circunstancias tenidas en cuenta para la selección y consignadas en el requerimiento o notificación cuando, claro es, la variación no derivare de la exclusiva voluntad del accionante. Por tanto, es incuestionable que si en el momento de la selección del inquilino demandado para que dejara el piso a disposición de una de las copropietarias por necesitarlo para sí, existía una selección de otro inquilino, con análoga finalidad para otro de los condueños, estuvo bien hecha aquélla, sin que a ello obste la circunstancia de haberse desestimado posteriormente la reclamación judicial planteada contra el otro inquilino, pues ninguna norma jurídica impone que el ejercicio del derecho de imprórroga tenga que supeditarse o condicionarse al resultado del otro pendiente de resolución.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1961: estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR HABER TENIDO EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN EN PLAZO LEGAL UNA VIVIENDA DE SU PROPIEDAD: PROCEDE SI DIECIOCHO DÍAS ANTES DE DESOCUPARSE SUBROGA A UNA HIJA EN LA VIVIENDA ARRENDADA: *Omitiéndose en las sentencias de instancia toda declaración relativa a la circunstancia fáctica de si el demandado, conocía o no al tiempo de subrogar a su hija en el piso litigioso, la desocupación que de una de las viviendas de su propiedad se iba a producir, no existe impedimento para establecer en suplicación la certeza procesal de tal conocimiento, pues evidenciados los hechos de la subrogación en favor de una hija en atención a su proyectado matrimonio que no se celebró hasta transcurridos más de seis meses; de la escasez de la renta satisfecha por la vivienda arrendada; y de producirse la desocupación de una de las viviendas del demandado sólo dieciocho días después, no es ilógica, absurda ni inverosímil la presunción de que éste conocedor de la desocupación llevó a cabo la subrogación para con ella evitar colocarse en situación de perder el derecho a la prórroga, al darse el supuesto previsto en el número 5 del artículo 62 de la L. A. U., con lo cual y dado el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en las sentencias de 2 de abril de 1941 y 12 de abril de 1946, se hace patente la ilicitud de la causa en ese negocio jurídico y, por ende (art. 1275 del C. c.), su total ineficacia y la procedencia de la resolución.* (Sentencia de 22 de marzo de 1962: estimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR HABER TENIDO EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA DESOCUPADA EN PLAZO LEGAL ANTERIOR A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA: CARÁCTER DE DICHO PLAZO. *La demanda judicial de resolución de arrendamiento basada en dicho motivo, fracasada por defectuoso planteamiento, no pa-*

raliza durante su tramitación el curso del plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda en el que debe haber tenido el inquilino a su libre disposición una vivienda, para que —de conformidad con el número 5 del artículo 62— proceda la resolución de su contrato de arrendamiento. Y, por tanto, si a la fecha de presentación de la nueva demanda en forma, habían transcurrido los seis meses desde la en que el inquilino dejó de tener a su libre disposición una vivienda desocupada, no debe prosperar aquélla. (Sentencia de 3 de abril de 1962; desestimatoria.)

11. RESOLUCION POR INCOMODIDAD NOTORIA; TRABAJOS DE CARPINTERÍA EN EL INTERIOR DE LA VIVIENDA: *Probado que el demandado al regresar de la jornada de trabajo se dedica a efectuar dentro de la vivienda arrendada trabajos de carpintería, con útiles de mano que originan ruidos y perturbaciones, esta apreciación lleva implícita la idea de notoriedad, porque si notorio es lo público y de todos conocido, no puede dudarse que el trabajo mencionado ha de ser notoriamente ruidoso y si además afirma la sentencia recurrida que los ruidos son molestos y desagradables ello es suficiente para que proceda la causa de resolución del número 8 del artículo 114 de la L. A. U., sin que sea necesario que las actividades resulten insoportables —SS. del T. S., de 5 de marzo de 1949 y 23 de junio de 1954, entre otras—, se desarrollen a lo largo de toda la jornada ni que haya habido previo requerimiento al demandado para que se abstenga de llevar a cabo aquéllas.* (Sentencia de 9 de marzo de 1962; estimatoria.)

12. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE EN QUIEN PRETENDE LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, BASÁNDOSE EN LA INEXISTENCIA DE NOTIFICACIÓN FEFACIENTE EXIGIDA PARA VÁLIDA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA, AUNQUE ESTÉ PROBADO EL CONOCIMIENTO DIRECTO DE LA ADMINISTRADORA DE LA VIVIENDA DEL FALLECIMIENTO DEL TITULAR DEL CONTRATO Y LA CONTINUACIÓN POR SU ÚNICO FAMILIAR, LA VIUDA, EN EL DISFRUTE DEL PISO: *Aunque se estimasen acreditadas en suplicación —a lo que excepcionalmente no obliga el artículo 132 de la L. A. U.— las circunstancias de hecho recogidas en las sentencias de los inferiores, en definitiva, el uso por el actor del derecho que le concede, como arrendador al artículo 114, número 11 a que se declare resuelto el contrato que regía en la vivienda ocupada por la demandada, por no haberse cumplido los requisitos exigidos en el artículo 58, no puede fundadamente pensarse que se haga de modo excesivo, injusto o impropio, según refiere la doctrina reciente en la materia, contenida en la sentencia de 9 de junio de 1961, ya que el perjuicio evidente que, como en todo caso de intereses contrapuestos, ha de resultar para la demandada al prosperar la acción y que en el presente caso pudo precaver, no implica por sí sólo la presencia de alguno de esos indicados modos que caracterizan el abuso de derecho.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1961; estimatoria.)

13. NO SE HALLA EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE LA L. A. U. LA PRETENSIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE INQUILINATO POR PERCIBIR EL INQUILINO DE UN HUÉSPED CANTIDADES SUPERIORES A LAS AUTORIZADAS: *Si bien el artículo 21 de la L. A. U. dispone en su número 1.º la exclusión de la aplicación de las normas contenidas en la sección en que está encuadrado y que regulan específica-*

mente el subarriendo de viviendas, del supuesto de que el inquilino ejerza en la vivienda una pequeña industria doméstica de hospedaje, ello no quiere decir que la reclamación del arrendador denunciándola como causa resolutoria del contrato porque el inquilino la ejerce sin atemperarse a los requisitos con que la autoriza el mismo ordenamiento jurídico, quede excluida del ámbito del mismo cuando precisamente tal causa de resolución está expresamente acogida bajo el número 3.º del artículo 114 de la L. A. U. (Sentencia de 3 de abril de 1962; desestimatoria.)

14. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: CARÁCTER DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: NO ES LA QUE PARTICULARMENTE SE VERIFICA A PRESENCIA O NO DE PERSONAS CARENTES DE LA FUNCIÓN AUTENTICADORA: *La Exposición de Motivos de la Ley de Bases expresamente dice al referirse a los supuestos de subrogación legal por fallecimiento del arrendatario, que la misma «había de ser notificada al arrendador para contar con legal eficacia», lo que pone de relieve que constituye no una mera formalidad, sino un requisito sustancial para el nacimiento del derecho. Por ello al desarrollarla en la Base correspondiente —n.º 2 de la 7.ª— y al articularla en el párrafo 3.º del 58 de la Ley vigente exige la utilización de un medio que la haga fehaciente, es decir, que por sí mismo la pruebe en el momento en que se produzca sin necesidad de posteriores justificaciones, siendo claro, por tanto, que no tiene esa condición la que particularmente se verificase en presencia o no de personas carentes en el momento de hacerse, de la función autenticadora, sin que pueda admitirse con fundamento alguno, para paliar el rigor del precepto legal, el suponer hubo por parte del arrendador demandante voluntaria exoneración a la demandada del cumplimiento de tal requisito con renuncia a resolver el contrato y reconocimiento de la subrogación pretendida, basándose en estar probado el conocimiento directo de la administradora de la vivienda del fallecimiento de su inquilino y la continuación de su único familiar, la viuda demandada, en el disfrute del piso.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1961; estimatoria.)

15. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NO SE OPERA EN FAVOR DE LA VIUDA DEL TITULAR DEL CONTRATO QUIEN SI EN PRINCIPIO DEDICÓ EL PISO DISCUTIDO, CONFORME A LO PACTADO, A HOGAR FAMILIAR Y AL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN DE MÉDICO RADIOLOGO, POSTERIORMENTE TRASLADÓ SU FAMILIA A OTRO: *No procede la subrogación «mortis causa», pues si bien es cierto que la demandada convivía con su esposo, ya fallecido, también lo es que esa convivencia tenía lugar en el piso de la calle de X... y no en el del pleito que era utilizado sólo por aquél y para el ejercicio de su profesión exclusivamente, sin que contradiga esta doctrina la sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de febrero de 1961, pues declara que no implica cambio ni alteración en el usuario el hecho de que por insuficiencia de local el titular se traslade con parte de su familia a otra casa de la misma población quedando en la anterior otras personas de las que constituyen la comunidad familiar.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1961; desestimatoria.)

16. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: REQUERIMIENTO FEHACIENTE: LO ES EL VERIFICADO POR VÍA POSTAL CON LOS REQUISITOS QUE DETERMINA EL ARTÍCULO

LO 30 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Es notificación fehaciente la efectuada mediante carta de fecha 11 de julio de 1961 que fue remitida al día siguiente, por correo certificado con acuse de recibo, estampándose en la Oficina de Correos el sello y número correspondiente al certificado en el ejemplar original de la carta enviada y recibida por el actor el mismo día y en una copia de la misma que quedó en poder del remitente, pudiéndolo acreditar así ante cualquier Organismo y circunstancias, caso de que lo negare el receptor. Por este medio trasunto de lo que prescribe el artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se consigue la fehaciencia, o sea, el conocimiento pleno del hecho que se requiere hacer saber al destinatario sin necesidad de refrendo posterior por otras justificaciones. (Sentencia de 30 de abril de 1962; desestimatoria.)*

## II. Derecho procesal.

1. COMPETENCIA EN RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO LA TIENE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, PUES EL INQUILINO APARTE DE QUE SE HALLA COLEGIADO COMO AGENTE COMERCIAL EN DISTINTA PROVINCIA SATISFACIENDO LA CORRESPONDIENTE CONTRIBUCIÓN, NO EJERCE SU PROFESIÓN EN LA VIVIENDA RECLAMADA: LUGAR DÓNDE NORMALMENTE SE EJERCE LA PROFESIÓN DE AGENTE COMERCIAL: *Si el demandado solamente ha acreditado que se halla colegiado como Agente comercial en provincia distinta a la del lugar de la finca litigiosa donde figura empadronado, sin que aparezca como contribuyente en la licencia fiscal del Impuesto Industrial por actividades comerciales ejercidas en ese Municipio, aunque aporte dos cartas de casas comerciales dirigidas a su domicilio en la vivienda reclamada y presente tres testigos, clientes suyos que afirman el ejercicio de esa profesión en ella —contradichos, por otra parte, por igual número de los del actor—, no procede declarar la competencia del Juzgado de primera Instancia, como ya sentó la Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1960.*

*Normalmente se ejerce la profesión de Agente Comercial en los propios comarcillos mercantiles de los comerciantes mediante el ofrecimiento de mercancías y suscripción de notas de pedidos que van a ser servidos directamente por las casas suministradoras, que a su vez abonarán a aquél sus comisiones. (Sentencia de 27 de abril de 1962; estimatoria.)*

2. RECURSO DE APELACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN: *El requisito de la consignación o pago de rentas, previo a la interposición de los recursos a que se refiere el artículo 148 de la L. A. U. —entre ellos el de apelación— deja de operar cuando se trata de inquilinos en situación legal de paro, según se dispone en el propio artículo y también con arreglo a la doctrina más reciente del Tribunal Supremo —SS. de 28 de enero, 7 de marzo y 28 de junio de 1961— cuando no se decide sobre la resolución del contrato arrendaticio; supuestos de excepción que no concurren en el presente caso.*

*(Auto de 23 de diciembre de 1961 por el que se declara mal admitido el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado Municipal y firme ésta.)*



3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *Si bien el párrafo 1.º del artículo 132 de la L. A. U. limita las facultades del Tribunal de suplicación, en orden a la valoración de las pruebas, pues las reduce al sólo caso de que exista errónea aplicación de abuso de derecho, preciso es destacar que aquél tiene, en cambio, facultad para examinar si la conclusión obtenida de los hechos probados por el Juzgado de apelación, traducida en su calificación jurídica, es o no correcta.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1961; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA EN EL SUPUESTO DE RECHAZAR LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA ACOGIDA POR EL JUEZ DE LA APELACIÓN: *Acogida la excepción de incompetencia de jurisdicción por estimar el Juez de Primera Instancia ser el competente, en lugar del Juez Municipal, si la Sala la rechaza debe entrar en el fondo del asunto, del que la sentencia recurrida no se ocupaba y verle en toda su integridad a partir de la prueba practicada.* (Sentencia de 27 de abril de 1962; estimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DEL TRIBUNAL ANTE LAS OMISIONES EN LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS: *Si la sentencia del Juzgado Municipal recogió el hecho en Considerandos expresamente rechazados por la del superior que no hace declaración alguna sobre el mismo, la Sala ante esta omisión habrá de fijarlo entrando en la apreciación de la prueba que exista en los autos.* (Sentencia de 27 de abril de 1962; estimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO EXISTE SI PEDIDA LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD FUNDADA EN LA INSUFICIENCIA DE LA VIVIENDA QUE HABITA EL ACTOR CON SUS HIJOS Y NIETOS, O «EN LA PRECISIÓN DE ABRIR CASA APARTE EL ASCENDIENTE O EL DESCENDIENTE», SE DESESTIMA LA DEMANDA POR SU IMPRECISIÓN: *Al razonarse la desestimación de la demanda aduciéndose que se hacía improporcionable por su imprecisión —y con ello se aludía evidentemente a la circunstancia de no haberse expresado en el requerimiento previo el nombre de la persona para quien se pedía la vivienda— se estaba fundamentando tal desestimación de modo tan completo que no quedó margen para arguir con la infracción del artículo 359 de la L. E. C., por no contener la sentencia recurrida declaración sobre la pretensión en cuanto fundada en la primera de las causas invocadas: «precisión de abrir casa aparte el hijo del actor», porque con aquel argumento se razonó y decidió en las sentencias de instancia para cuanto se adujo en la demanda, dejándose así observado el principio de congruencia.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1961; desestimatoria.)

7. LEGITIMACIÓN ACTIVA: CUANDO SE PIDE NO SÓLO LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN SINO TAMBIÉN LA CONDENA AL DESALOJO DEBE ACREDITARSE EL CARÁCTER DE ARRENDADOR O LA POSESIÓN REAL DEL INMUEBLE DISCUTIDO: *Si el actor no sólo pretende que se declare la resolución del contrato, sino que se condene al demandado al desalojo de la casa en el plazo que establece el artículo 143 de la L. A. U., extremos éstos que son típicos del desahucio —pues según tiene declarado el Tribunal Supremo en SS. de 9 de diciembre de 1947*

*y 19 de mayo de 1953, entre otras, el objeto del juicio de desahucio es poner fin con el desalojo de una finca a la relación entre el propietario y quien la ocupa con título o sin él y por ello viene admitiendo los términos resolución y desahucio como equivalentes, en casos como el de autos— opuesta la falta de legitimación activa debe acreditar el actor el carácter de arrendador o poseedor real del inmueble. (Sentencia de 30 de diciembre de 1961; desestimatoria.)*

#### 4. Selección de Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza

A cargo de Julio BONED SOPEÑA  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

##### I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: SON MOTIVOS DISTINTOS LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN Y LA NO APLICACIÓN DE SU DOCTRINA EN LA SENTENCIA RECURRIDA; NO CONSTITUYE FIN ANTISOCIAL. SERVIRSE DE LA VIVIENDA POR RAZÓN DE PROPIEDAD EN LUGAR DE OBTENER LAS UTILIDADES QUE PROPORCIONA SU ARRENDAMIENTO: *Descartada la aplicación errónea del abuso de derecho como hecho positivo del que carece la sentencia, pues en ninguna de las instancias se han apoyado los Juzgadores en los elementos que integran la institución, sólo resta razonar la ilegalidad de la resolución por su no aplicación, que no se da en el presente caso, pues aparte de que —conforme a las SS. del T. S. de 4 de marzo y 5 de febrero de 1959— no puede anularse la sentencia que omite la doctrina del abuso de derecho que se solicita cuando se invoca solamente para pretender que la autoridad lo reconozca y declare, siendo materia de índole excepcional y de alcance restrictivo, no puede considerarse fin antisocial —de acuerdo con el principio informador de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de cohonestar las limitaciones que crea con el debido respeto a la propiedad, el pretender que la vivienda sirva a su dueño por razón de propiedad en lugar de los beneficios que le proporcione el arrendamiento, aceptando las sanciones que le impone el artículo 66 para caso de simulación. (Sentencia de 2 de abril de 1962; desestimatoria.)*

2. NECESIDAD: MODOS DE APRECIARLA; AMPLIO ARBITRIO JUDICIAL: A los efectos del número 1.º del artículo 62 regula la Ley el concepto de necesidad de dos modos diferentes, uno en que tal necesidad se presume «*juris iatum*» y otro que necesita prueba y está claro, como expresa la sentencia suplicada que la avanzada edad de 83 años en la recurrida, la modesta pensión que percibe como maestra jubilada, el no tener otra vivienda que la discutida y ser insuficiente la habitación interior reservada en casa de su hermana, constituyen hechos de los que deriva el concepto de necesidad, para cuya determinación —según la Exposición de Motivos— goza el Juez de amplio arbitrio. (Sentencia de 2 de abril de 1962; desestimatoria.)

##### II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: IMPROCEDENCIA DE SU ADMISIÓN CUANDO LA RELACIÓN ARRENDATICIA SE RIGE POR EL DERECHO COMÚN: *Determinada la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento como subsumido en el ámbito del derecho común, se infringe lo prevenido en los artículos 1587 de la L. E. C. y 130 y 132 de la L. A. U. al admitirse y sustanciarse un recurso —el de supli-*

*cación- que es privativo de las relaciones jurídicas arrendaticias urbanas sometidas a la legislación especial. El Juez de Primera Instancia no debió haberlo admitido a trámite, sino proceder conforme se previene en los artículos 1587 y 1588 de la L. E. C. (Sentencia de 27 de marzo de 1962 declarando mal admitido el recurso de suplicación y firme la resolución recurrida.)*

*Nota:* El Tribunal Supremo ha sentado en reiteradas resoluciones (Sentencias de 16-11-1908, 5-4-1910, 3 y 7-10-1910 y 27-10-1911, entre otras), la doctrina de que el artículo 28 de la Ley de Justicia Municipal de 5 de agosto de 1907 ha derogado los artículos 1569 y 1587 de la L. E. C., no dándose ya la posibilidad de interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por el Juez de Primera Instancia, pues dado el carácter totalmente orgánico de aquella Ley, a sus preceptos hay que atenderse y el citado anteriormente establece que en los juicios civiles, sin distinción, no habrá recurso alguno contra dichas sentencias. Posteriormente, en Auto de 5 de julio de 1948, ha vuelto a mantener la misma doctrina, rigiendo la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, pues ésta —dice— no solamente no contiene ningún precepto derogatorio del artículo 28 de la Ley de 1907, sino que resulta por ella confirmado al disponer en el apartado f) de la Base 10.<sup>a</sup> que los recursos contra las resoluciones dictadas por los Jueces municipales, comarcales y de paz se tramitarán y decidirán conforme a las normas procesales vigentes; confirmación que aparece del todo clara en el artículo 25 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, mera transcripción de aquél.

## 5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Pamplona

A cargo de Julio BONED SOPENA  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: CONCURRE EN QUIEN PRETENDE EL DESAHUCIO POR NECESIDAD, TENIENDO A SU DISPOSICIÓN EN LA MISMA FINCA EN EL MOMENTO DEL REQUERIMIENTO, UN PISO DESTINADO A OFICINAS Y OTRO A ALMACÉN DE SEMILLAS Y ANTES DE INTERPONER LA DEMANDA UN TERCERO LIBRE, CON SERVICIOS Y, APARENTEMENTE, DE LAS MISMAS CARACTERÍSTICAS QUE EL SOLICITADO: *Para que la pretensión de desahucio lleve consigo manifiesto abuso de derecho, siguiendo el criterio jurisprudencial —SS. del T. S. de 14-2-44, 25-10-50 y 6-10-53, entre otras— se requiere: 1.º, que el actor pueda desahuciar porque la presunción de necesidad se dé a su favor; 2.º, que proceda sin un interés serio y legítimo o con un exceso en el ejercicio de su derecho contra el inquilino demandado; y aquí, la necesidad se halla acreditada, mas el actor al iniciar el ejercicio de la acción tiene a su disposición en la misma finca y sin que los habite, no sólo un piso destinado a oficinas y otro que ha sido vivienda hasta hace pocos años, sino un tercero que le ha quedado vacante después del requerimiento, con servicios y de análogas características que los restantes; por lo que está claro que su pretensión no reviste un interés serio y legítimo y debe ser desestimada por aplicación del artículo 9 de la L. A. U. (Sentencia de 2 de enero de 1962; desestimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO ES DEFECTUOSO EL REQUERIMIENTO POR NO HACERSE CONSTAR QUE EL DUEÑO TENÍA A SU DISPOSICIÓN DOS PISOS DESTINADOS, UNO A OFICINAS Y A ALMACÉN DE SEMILLAS, EL OTRO: DICHOS PISOS NO DEBEN SER COMPUTADOS A EFECTOS DE SELECCIÓN: *El artículo 65 de la L. A. U. al exigir que en el requerimiento consten las circunstancias de posposición concurrentes en los demás inquilinos, establece claramente esta exigencia en relación con todas las viviendas arrendadas en la finca, es decir, relacionando las circunstancias que concurren en el inquilino que se pretende desahuciar con las concurrentes en los demás y no con relación al dueño que tenga ya dentro de la misma finca otras viviendas o locales a su disposición, que no tienen por qué computarse a efectos de selección. (Sentencia de 2 de enero de 1962; desestimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDAS: MOMENTO EN EL QUE HAN DE TENERSE EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN LOS INQUILINOS: *Las circunstancias determinadas en la Ley para establecer el orden de prelación han de tenerse en cuenta, tal como concurren en el momento de iniciarse por el actor el ejercicio de su derecho de denegación de prórroga mediante el requerimiento, porque si no, dada la variabilidad de esas circunstancias sería inoperante dicho acto en la mayor parte de los casos y así se*

desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1955 (Sentencia de 2 de enero de 1962; desestimatoria.)

4. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACION: NO LO ES LA REALIZACIÓN DE UNAS OBRAS QUE NO FUERON CONSENTIDAS Y CUYA NECESIDAD NO SE HA ACREDITADO: *Si el piso discutido ha estado deshabitado más de seis meses en el período comprendido desde once de noviembre de 1960 hasta once de agosto de 1961, procede la resolución sin que constituya justa causa de ello la realización de unas obras que no fueron consentidas y cuya necesidad no se ha acreditado por esa situación de inhabilitación de la vivienda en que pretende apoyarse el demandado.* (Sentencia de 24 de febrero de 1962; desestimatoria.)

5. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: SUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE OPERE: IRRELEVANCIA DE QUE LA DECLARACIÓN SE HAGA PARA TODA LA FINCA O POR VIVIENDAS O LOCALES INDIVIDUALIZADOS: *Existiendo: 1.º, una renta declarada; 2.º, una renta real percibida por el arrendador, superior a aquella; 3.º, la falta de declaración del aumento a la Hacienda Pública dentro del plazo de los tres meses naturales siguientes a la fecha en que se produjo el incremento, procede la reducción de la renta, sin distinguir el que la renta declarada sea global o por viviendas o locales de negocio individualizados, pues tanto en un caso como en otro se realiza un propósito defraudatorio.* (Sentencia de 3 de febrero de 1962; desestimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACION: NO PUEDE FUNDARSE EN LA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 349 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este precepto legal no puede servir para fundar en su infracción el recurso de suplicación, porque se refiere a la propiedad y las acciones que de este derecho derivan son ajenas no sólo a la L. A. U. sino a la misma relación arrendaticia.* (Sentencia de 5 de marzo de 1962; desestimatoria.)

## 6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de Roberto HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ,  
Magistrado

### I. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: PENSIONISTA: *El artículo 64 de la L. A. U. emplea genéricamente el término "pensionista con hijos menores de edad", sin especificar se refiera a viudas o funcionarios jubilados, ni tampoco que sean públicos o privados, por lo que no distinguiendo la Ley, no puede discriminarse, y acreditada la cualidad de pensionista, ha de reputársele como tal a los efectos de figurar en último lugar en la selección hecha por el arrendador. La Ley exige que los hijos del pensionista sean menores de edad, no que dependan exclusivamente del mismo, sin que, por otra parte, se pueda estimar que tal dependencia no existe, por el hecho de ganar el menor con su trabajo una cantidad escasamente superior a las mil pesetas mensuales, ya que la misma no puede hacerle independiente económicamente, y, por otro lado, no le excluye de la dependencia derivada de la patria potestad. (Sentencia de 2 de febrero de 1961; estimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: NUDO PROPIETARIO: *Carece de acción el nudo propietario para instar la resolución del contrato de arrendamiento, ya que dicha facultad está insita en las más amplias de goce y disfrute que corresponden al usufructuario conforme dispone el artículo 480 del Código civil y lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio y 29 de octubre de 1953; sin que el hecho de extenderse recibos por el nudo propietario implique acto de expreso dominio, sino simplemente de administración, cuando en dichos documentos no figura el carácter con que son firmados, ni se desprende de ellos el concepto en que se perciben las rentas. (Sentencia de 14 de febrero de 1961; estimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: INSTALACIÓN DEL SERVICIO DE AGUAS: CASUÍSTICA: *La instalación del servicio de agua, en una casa habitada, indispensable por notorias razones de higiene y salubridad pública, impuesta por muchas Ordenanzas municipales como requisito indispensable de habitabilidad, y las consiguientes obras realizadas para la obtención de dicho suministro, así como para la adecuación de elementos indispensables para su recepción, cual tuberías, grifos y fregaderas, no supone alteración o modificación en la configuración del inmueble. (Sentencia de 8 de marzo de 1961.; desestimatoria.)*

4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *Procede el desahucio por subarriendo inconsentido, aunque al*

formularse la demanda haya cesado el mismo, sin que pueda influir en tal calificación (de subarriendo) el elemento no esencial al contrato, de su corta duración.

La lógica no admite que el inquilino ceda todo o parte de la vivienda arrendada a un «tercero» sin retribución, pues la base normal de las relaciones jurídicas sobre las cosas la constituye el interés, y su falta la excepción.

**LEGITIMACIÓN ACTIVA:** Siendo el subarriendo contrato subordinado al de arrendamiento, sin cuyo soporte no puede subsistir, es manifiesto que el arrendador, que puede conseguir la resolución del contrato arrendaticio por causa de subarriendo, puede solicitar también que se declare la resolución de éste. (Sentencia de 24 de febrero de 1961; desestimatoria.)

5. **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CONVIVENCIA QUE NO CONSTITUYE SUBARRIENDO: CASUÍSTICA:** No puede considerarse subarriendo el hecho de vivir con el padre, arrendatario de la vivienda, una hija y su marido, y sí simple convivencia, cuando la arrendadora no demuestra que la relación de la hija con su padre sea otra que la, de hecho, de vivir juntos, pues del mismo no puede deducirse, según las reglas del criterio humano, que una hija, aunque esté casada, satisfaga a su padre un precio por convivir con él. (Sentencia de 25 de marzo de 1961; estimatoria.)

6. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN:** Cuando el requerimiento denegatorio se lleva a cabo mediante acto conciliatorio, debe reputarse verificado, en el acto de la citación para el mismo, cuando en la copia de la papeleta de demanda se proporcionan con la claridad y concreción suficiente las circunstancias necesarias, mediante las cuales tiene conocimiento de los requisitos exigidos para estimar cumplido con todas sus consecuencias el requerimiento; transcurriendo desde dicho momento el plazo del año marcado en el artículo 65 de la L. A. U.

**REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: CIRCUNSTANCIAS DE PRELACIÓN:** Al denegarse la prórroga por necesidad de un hijo, no concurre circunstancia de prelación con referencia a otra vivienda de la misma casa ocupada por otro hijo, pues no es estimable lógica ni jurídicamente que el padre que necesita una vivienda para un descendiente deba cubrir dicha necesidad mediante el despido del otro, por lo que el no expresarse dicha circunstancia por el actor en el requerimiento, no puede devenir en incumplimiento del mismo. (Sentencia de 2 de mayo de 1961; estimatoria, por otros motivos que no sientan doctrina.)

7. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA:** La causa 3.<sup>a</sup> del artículo 62 de la L. A. U. prevé la denegación de la prórroga legal arrendaticia cuando la vivienda está desocupada durante más de seis meses en el curso del año, por la razón evidente de faltar la necesidad



en que se funda la prórroga forzosa, al tenerla atendida con otra vivienda.

*La ausencia de la vivienda, para ser reputada como justa causa, ha de obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad del inquilino, no basadas en la comodidad o conveniencia del sujeto del derecho, sino en propia y verdadera necesidad.* (Sentencia de 19 de mayo de 1961; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: OBRAS: CESIÓN "INTER VIVOS": *La cesión de vivienda a extraños, prohibida por el artículo 23 de la L. A. U., que sólo se convalida legalmente por la voluntad del arrendador, manifestada por actos externos o por la dejación de su derecho al operar el plazo de caducidad de dos años (artículo 25 de la L. A. U.), en contraposición a la cesión entre parientes que regula el artículo 24 del mismo cuerpo legal, supone una novación subjetiva del contrato, por cambio de arrendatario, con extinción del primitivo negocio, aun subsistiendo la misma renta, sin que por ello las trasgresiones contractuales cometidas durante la vigencia del primer contrato puedan afectar a la validez del segundo, ya que el cesionario sólo responde de las infracciones que le sean a él imputables, sin que pueda ser resuelto el segundo contrato por las cometidas por el primitivo arrendatario, según señala el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de marzo de 1948.* (Sentencia de 8 de junio de de 1961; desestimatoria.)

9. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": PLAZO DE NOTIFICACIÓN: ANALOGÍA: *Ante la circunstancia excepcional o anormal de la existencia de un litigio acerca de la titularidad dominical sobre la casa de autos, entre el actual arrendador y el inquilino, primeramente, y después, a su fallecimiento, por sus herederos, que afectaba a los recurrentes por el juego de la anotación preventiva practicada en el Registro, circunstancia que quitaba al derecho su actual vigor, dejando su eficacia en potencia y su vida como en suspenso, hasta la firmeza de la resolución que puso término al juicio, en cuyo momento recobra el derecho su pleno vigor y eficacia, por fenómeno jurídico de reviviscencia, no puede empezar a contarse el plazo de los noventa días, por criterio analógico autorizado por la L. A. U. en su artículo 8.º, viable dicho criterio por lo excepcional del caso no comprendido en todas sus circunstancias concurrentes en la normatividad positiva, ya que en dicho momento quedan definidas la posición de arrendador y la condición de inquilino, presupuesto necesario para la aplicación del artículo 58 de la L. A. U.* (Sentencia de 9 de junio de 1961; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: APERTURA DE VENTANA: CASUÍSTICA: *La apertura de una ventana de sesenta por setenta centímetros en la escalera general de la casa por parte del inquilino sin consentimiento del arrendador, es una obra que varía la configuración de la vivienda.*

*Es intrascendente, a efectos resolutorios, que la alteración beneficie*

la vivienda y a su inquilino, así como que la habitación donde se abrió el hueco sea interior y no reúna condiciones mínimas de higiene, pues cuando fué alquilada carecía del hueco y disfrutada sin ventana hasta ahora por el inquilino, el que, si estimaba necesario realizar las obras, debió solicitar el consentimiento previo, y en caso de negativa acudir al organismo competente para que el mismo, si procedía, ordenara su realización. (Sentencia de 1 de julio de 1961; estimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: LIBRE DISPONIBILIDAD DE UNA VIVIENDA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO: *Si el arrendatario es propietario de un piso destinado desde el año 1957 a industria de hospedaje, que debe merecer la conceptualización jurídica de local de negocio, aunque el hospedaje se practique en la forma más simple de albergue o alojamiento en el que solamente se facilita aposento y servicios, falla la «condictio inris» para que prospere la causa 11 del artículo 114 de la L. A. U. en relación con el número 5.º del artículo 62 de la misma Ley.*

DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.ª: DESAHUCIO POR NECESIDAD SOCIAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: *La disposición adicional 1.ª, indudablemente contiene una prohibición que excede del ámbito material de aplicación de la legislación especial al dirigirse también al propietario del piso o local, aunque no se halle alquilado, como se desprende de la generalidad de sus términos y del segundo párrafo, apartado b) de la disposición adicional segunda que, refiere la legitimación pasiva en el «desahucio por necesidad social» al propietario o titular del goce del local y de hallarse alquilado también al locatario.*

*La trasgresión de dicho precepto prohibitivo acarrea ineluctablemente la ineficacia o nulidad radical del acto como contrario a lo dispuesto en Ley (artículo 4.º del Código civil), nulidad que opera de pleno derecho, pero que, al ser motivada por actos que han creado una situación de hecho, hasta administrativamente reconocida en el caso de autos, es necesario el decreto judicial que la haga cesar; sin que el tercer interesado, al ser fundada la prohibición en motivos de interés público, de que no se destinen a otros fines locales destinados a hogar familiar, agravando el problema social de escasez de viviendas, que carece de acción para conseguir la resolución, tenga otra intervención que la que se agota con la denuncia a la Autoridad gubernativa quien, previa sumaria investigación excitará en su caso al Ministerio Público para que promueva la acción de la justicia ante los órganos jurisdiccionales. (Sentencia de 4 de julio de 1961: desestimatoria.)*

12. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: LEGISLACIÓN ANTERIOR A 1946: *El apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, establecía la resolución contractual por obras en el supuesto de que las mismas «alterasen las condiciones del edificio», equivalente dicha expresión al vocablo «configuración» empleado por la Ley vigente y anterior de 1946.*

**CARGA DE LA PRUEBA:** *Acreditado por el actor el hecho, fundamento de la demanda, de que el arrendatario ha realizado obras que al modificar la configuración, son causa resolutoria del contrato, al excepcionarse, con extinción de la acción por prescripción, incumbe al demandado probar la época de las obras, y si no lo hace, ha de llegarse a la obligada conclusión de la resolución del contrato.*

**CONSENTIMIENTO Y CONOCIMIENTO:** *No puede presumirse el consentimiento de la supuesta proximidad de la vivienda donde habita el arrendador, con la del inquilino, ni del conocimiento por el primero de la realización de las obras, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo, el conocimiento, acto pasivo de voluntad, no puede equipararse, al acto positivo que supone el estar conforme con un hecho realizado por otra persona. (Sentencia de 5 de julio de 1961: desestimatoria.)*

13. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN PREVIA:** *Quedan cumplidos los requisitos del párrafo 1.º del artículo 65 de la L. A. U. al exponer en el requerimiento previo las circunstancias de posposición concurrentes en los inquilinos a quienes no se deniega la prórroga, sin que sea preciso establecer circunstancias de posposición entre los inquilinos a quienes se deniega la prórroga, por ser sólo preciso justificar la exclusión de los demás.*

**ACUMULACIÓN:** *No es preciso sean acumulados diversos juicios promovidos por un único arrendador contra varios inquilinos, aunque hubieran sido requeridos previamente de denegación de prórroga en un sólo acto conciliatorio, pues el artículo 127 de la L. A. U. no impone necesariamente la acumulación, sino que lo deja a la libre potestad del actor, concediéndole facultad y posibilidad de solicitar la acumulación, lo que también pudieron postular los distintos demandados conforme a la L. E. C., en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 de la L. A. U., por lo que la Sala ha de considerar cada caso con independencia de los demás al no poder decretarse e imponerse la acumulación de oficio. (Sentencia de 13 de julio de 1961; estimatoria.)*

14. **SUBARRIENDO TOLERADO POR LA L. A. U.: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE:** *Notificación, como su etimología indica (notus = conocido, facere = hacer) es dar a conocer un hecho, y por tanto acreditado en autos que el hecho del subarriendo fue dado a conocer por el arrendatario al arrendador, es obvio que se ha notificado, y si de forma indudable, no controvertida, dicho hecho se ha probado, ocurrido en forma suficiente y dentro del plazo legal, es evidente que, a la notificación, ha de atribuirse la fehaciencia exigida por la Ley, pues tal condición no es otra que la de hacer fe en juicio, y ésta puede darse de cualquiera de las formas admitidas en Derecho. (Sentencia de 14 de julio de 1961; desestimatoria.)*

15. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: TENENCIA DE DOS VIVIEN-**

DAS: *Las excepciones a la prórroga forzosa del contrato de locación urbana, contenidas en el artículo 62 de la L. A. U., deben su razón de existir, bien a la necesidad del arrendador (número 1.º), bien al interés público de facilitar la construcción y aumento por iniciativa privada de viviendas (número 2.º), o bien a la falta de necesidad del inquilino (números 3.º, 4.º y 5.º); éstas últimas de nuevo cuño en la vigente legislación arrendaticia, y particularmente la cuarta del artículo citado, tienden a impedir el abuso que representa el que un ciudadano disponga de más de una vivienda, sin serle indispensable para atender sus necesidades, mientras muchos carecen de ella.* (Sentencia de 14 de julio de 1961: desestimatoria.)

16. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA L. A. U.: ELEVACIÓN DE RENTAS: PACTOS CONTRA LEY: *Que para las viviendas arrendadas por vez primera después de la entrada en vigor de la L. A. U., si bien se reconoce a las partes libertad absoluta en la estipulación de la renta, se mantiene el principio prohibitivo de elevarla durante la vigencia del contrato, pues de otra suerte carecería de sentido el artículo 99 que autoriza la elevación sólo en los casos que indica, excepciones que reconocen paladinamente la existencia de una norma general prohibitiva. De ello se deriva la ventaja jurídica para el inquilino, de no soportar durante la vigencia contractual ningún aumento rentístico fuera de los autorizados expresamente en la Ley, y asimismo la carencia de efectos de todo pacto o estipulación contractual que de cualquier modo contradiga o menoscabe esa situación de beneficio prevista por la legislación especial como contenido inderogable de la relación inquilinaria para las viviendas no suntuarias; pudiendo, no obstante, el inquilino disponer con eficacia, del beneficio que forma parte del dispositivo legal, cuando el derecho arrendaticio ha ingresado en su patrimonio.* (Sentencia de 31 de julio de 1961; estimatoria en parte.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ABUSO DE DERECHO: *Existe la presunción de necesidad establecida en el número 4.º del artículo 63 de la L. A. U., en el hecho de haberse dictado sentencia firme que obliga al arrendador a desalojar la vivienda que ocupa, al no probarse por el inquilino que, la demanda iniciadora del procedimiento en que la citada sentencia se dictó, dependiese de la voluntad del hoy actor, y por tanto que hubiese consentido su desalojo, sin que pueda pretenderse que el no haber ejercitado los recursos de apelación y suplicación, hiciera que dicho desalojo fuera consecuencia necesaria de su libre determinación, ya que el acto iniciador es por completo independiente de él. No puede estimarse exista abuso de derecho, en el que pretende resolver un contrato por precisar la vivienda arrendada, al carecer de otra en condiciones idóneas y concurrir los supuestos previstos por la Ley, para la denegación de la prórroga obligatoria del arrendamiento.* (Sentencia de 1 de agosto de 1961: desestimatoria.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CASUÍSTICA: *Lo constituye el hecho de ocupar la vivienda arrendada sita en C. desde los sábados a los lunes de cada semana, habitando por razón de trabajo en L., en la Institución Hermanitas de los Pobres, donde actualmente se encuentra su otra hermana en razón de grave dolencia.*

ESTIMACIÓN DE OFICIO: *No es necesario que la justa causa sea alegada expresamente, pudiendo ser apreciada y estimada por el órgano jurisdiccional si se desprende de los hechos probados.* (Sentencia de 3 de octubre de 1961: estimatoria.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO: POSIBILIDAD DE INVOCAR EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA CAUSAS DE OPOSICIÓN NO UTILIZADAS AL CONTESTAR AL REQUERIMIENTO: *El carácter constitutivo unánimemente atribuido al requerimiento previo, no puede extenderse sin los adecuados temperamentos a la contestación a que se refiere el inciso 3 del art. 65 de la L. A. U., aunque la eficaz protección de los fines que persigue el legislador en esta fase que prepara y orienta el litigio, y el deseo de estimular la diligencia y sinceridad del inquilino, obligan a inclinarse a la solución que impide al demandado traer al pleito causas de oposición distintas de las esgrimidas en aquel momento previo, a no ser que alegue un desconocimiento anterior, y pruebe hechos que lo hagan verosímil.* (Sentencia de 9 de octubre de 1961: estimatoria.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: CASUÍSTICA: *Partiendo de la noción jurisprudencial de «pequeña industria doméstica» que arranca de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1957, es obvio que merece esta conceptualización legal, la de la sustrería que el inquilino ejerce por sí mismo en la vivienda arrendada, sin existencia de géneros para la venta, ni el empleo de operarios extraños a la familia.* (Sentencia de 10 de octubre de 1961: desestimatoria.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *La vigente L. A. U. no sólo omite de propósito la predeterminación de los hechos que sean justa causa de desocupación de las viviendas o cierre de locales de negocio, sino que, defiere explícitamente su libre determinación al arbitrio del juzgador de instancia, arbitrio que pugna con una legalidad preestablecida que haya de respetarse o pueda ser infringida, salvo el evento de que tal facultad se ejercite de modo tan evidentemente absurdo o plenamente inverosímil que no le convenga el predicado de prudente, pues, con un sentido social de indudable justicia, deja al arbitrio judicial la estimación de las causas justificativas que demuestren que el desempleo del local no es revelador de una falta voluntaria de dedicación o de necesidad del mismo, sino, por el contrario, una causa ajena y superior a la voluntad del arrendatario a quien, por tanto, no le es imputable.* (Sentencia de 17 de octubre de 1961: desestimatoria.)

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: TIEMPO Y FORMA DE LA CONTESTACIÓN AL REQUERIMIENTO: PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *Que al contestar el inquilino al requerimiento, en el propio acto de conciliación, aduciendo como causa de oposición a la denegación de prórroga «que no es cierta la causa de necesidad invocada por la arrendadora», es de estimar que dicha respuesta satisface cumplidamente la exigencia que el párrafo 3.º del artículo 65 de la L. A. U., impone al arrendatario como carga o deber de manifestarse frente al requerimiento a que se refiere el párrafo 1.º del mismo precepto, por lo que la acción no podrá ejercitarse hasta que transcurra el plazo de un año que señala repetido artículo.* (Sentencia de 22 de noviembre de 1961: estimatoria.)

23. SUBROGACIÓN "INTER VIVOS": CONVIVENCIA HABITUAL: *Que la subrogación autorizada por el artículo 24 de la L. A. U. a favor de los familiares, tiene por finalidad esencial la continuación del hogar familiar, y a tal evento, aún cuando como en el presente caso, y por razones de salud, el arrendatario se ausentase habitualmente del piso arrendado, durante la temporada invernal, como tal hogar familiar ha de reputarse aquel en que vive durante mayor período de tiempo, y siendo tal la vivienda litigiosa, ha de considerarse como tal hogar, en el que convive habitualmente, y al reunir tales condiciones de convivencia, la subrogada y el subrogante ha de estimarse bien hecha la subrogación.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1961: desestimatoria.)

24. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PRESUNCIÓN DE NO NECESIDAD DEL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 63 DE LA L. A. U.: INTERPRETACIÓN DEL VOCABLO "FAMILIAR": *Interpretar el párrafo 3.º del artículo 63, siguiendo su simple tenor literal, sería conculcar el espíritu total de la legislación locatiria, impregnado del sentir general, como norma primera, de la prorrogabilidad del contrato arrendaticio en favor del inquilino, siendo la excepción la de negación de dicha facultad, prevaleciendo solamente frente a la necesidad del arrendatario, la cumplidamente acreditada del arrendador, no pudiendo ser otra la «ratio legis» de dicho precepto que, considerarse comprendido implícitamente en dicho vocablo, no solamente al familiar para quien se solicita la vivienda por razón de matrimonio, sino y como lógica consecuencia al cónyuge. Una interpretación literal, saltaría toda lógica e iría abiertamente contra el espíritu de la Ley, pues al ser titular y poder disponer de una vivienda uno de los cónyuges, dicha disposición ha de entenderse en favor de ambos, del hogar familiar devenido por el matrimonio; de interpretarse contrariamente se daría el contrasentido de que, conculcando la necesidad del inquilino, se favorecería al propietario sin existencia de la misma.* (Sentencia de 4 de diciembre de 1961: desestimatoria.)

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DONACIÓN DE LA VIVIENDA AL ACTOR SIN SELECCIÓN PREVIA: *Que en los casos de donación de pisos, debe observarse el orden de prelación que establece el artículo 64 de*

la L. A. U., en cuanto hubiere en la finca pisos de características análogas, precepto basado fundamentalmente en el hecho de que si no se observase dicho orden, o la prohibición legal no operase, sería fácil eludir el derecho preferente que la Ley concede a ciertos arrendatarios sobre el resto de los inquilinos del mismo inmueble. (Sentencia de 12 de diciembre de 1961: desestimatoria.)

26. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CASUÍSTICA: *Acreditada la situación de desocupación, posterior a la vigencia de la Ley y superior en exceso al límite legal, que evidencia una falta de necesidad por parte del inquilino, la viudez sobrevenida, aunque de momento y por cierto término explicara la desocupación, no puede reputarse como justa causa cuando fue inicio de una situación que por su duración, siete años, debe merecer la calificación de estable, y por ello abusiva.* (Sentencia de 15 de diciembre de 1961: desestimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: HECHOS NUEVOS: *No se puede pretender por vía del recurso de suplicación, que tenga éxito la demanda, por un hecho no alegado expresamente en ella, pues la asimilación que la doctrina científica y la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales, hacen de este recurso al de injusticia notoria, faculta la aplicación de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias de que «no es posible examinar en un recurso de injusticia notoria cualquier pretensión no planteada en la instancia».* (Sentencia de 2 de febrero de 1961; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *Viniendo a constituir este recurso, en su normatividad procesal, especie, en grado menor, del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, es obligado atenderse a la valoración de la prueba hecha por el juez de instancia, a menos que se invoque errónea aplicación del abuso del derecho, y fijar expresamente el concepto en que se considera ha sido infringida la Ley o doctrina legal, según reiterada jurisprudencia y artículo 132 de la L. A. U.* (Sentencia de 1 de marzo de 1961; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *La función revisora, propia del recurso de suplicación, puede referirse a cualquier norma sustantiva, vigente y de carácter civil, esté contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos o en el Código civil, siempre que, en este último caso, la norma infringida integre o complete el Derecho privativamente aplicado a la relación arrendaticia por la vía del artículo 16 del Código civil.* (Sentencia de 14 de julio de 1961; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: VICIOS "IN IUDICANDO": COSTAS:

*La infracción denunciada de normas adjetivas, no cabe sean examinadas dentro del ámbito de este recurso, limitado por el artículo 183 de la L. A. U. a los llamados vicios "in iudicando", quedando fuera los "in procedendo".*

*No puede ser impugnada en este trámite extraordinario la condena pronunciada respecto a las costas de segunda instancia, que tiene por base una apreciación judicial de temeridad en el apelante. (Sentencia de 10 de octubre de 1961; desestimatoria.)*

5. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: *Si bien es cierto que de la analogía existente entre el recurso de suplicación y el de casación devendría la desestimación del primero al no deducirse "a priori" del escrito por el que se interpone, los motivos en que se funda y el concepto en que se considera infringida la Ley o doctrina legal; también lo es que, al no equipararse ambos recursos totalmente, y al no existir una regla específica que disponga tal desestimación, no parece justo exigirse al recurrente la expresión concreta, siendo suficiente que, de los razonamientos expuestos, se pueda deducir sin lugar a dudas el concepto en que se estima cometida la infracción. (Sentencia de 10 de octubre de 1961; estimatoria, por otros motivos que no sientan doctrina.)*



# SUMARIO

## **1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS**

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: Dolo y captación en las disposiciones testamentarias.

ALONSO OLEA, Manuel: Derechos irrenunciables y principio de congruencia.

HERNÁNDEZ GIL, Félix: La intimación del acreedor en la mora "ex persona".

## **2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

RIESCO TERRERO, Ángel: Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1960).

## **3. VIDA JURÍDICA**

## **4. BIBLIOGRAFÍA**

## **5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

## **6. JURISPRUDENCIA.**